

## SOMMARIO DEL NUMERO 2/2013

### **Editoriale**

GIUSEPPE PIPERATA, <i>Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli</i> .....	III
--	-----

### **Saggi**

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici</i> .....	187
ARISTIDE POLICE, <i>Infrastrutture, crisi economica e ruolo del Project financing e dei Project bonds</i> .....	221
MARCO MAZZARINO, <i>Regolazione dei trasporti e Authority: spunti per la definizione di un modello “coerente”</i> .....	255
ANNAMARIA DE MICHELE, <i>La valorizzazione dei beni pubblici nelle dinamiche del governo del territorio</i> .....	271

### **Articoli**

DOMENICO D’ORSOGNA – MASSIMO OCCHIENA, <i>I servizi pubblici a rilevanza economica e sociale: un bilancio</i> .....	321
MELANIA D’ANGELOSANTE, <i>L’internazionalizzazione degli atenei e la didattica universitaria parlano la stessa “lingua”?</i> .....	337
MONICA COSSU, <i>Gli Spin-Off universitari e accademici in forma di società a responsabilità limitata</i> .....	371
FABIO DI CRISTINA, <i>Risultati e prospettive della valutazione della ricerca nell’area giuridica</i> .....	395
NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	439



## EDITORIALE

### INFRASTRUTTURE E CRESCITA ECONOMICA: ALLA RICERCA DI NUOVI MODELLI

1. La rivista *Munus* dedica, in parte, il presente numero al tema delle infrastrutture. Tema di grande attualità, considerato che – soprattutto negli ultimi tempi – è costantemente presente in qualsiasi dibattito sull'azione pubblica sia, in negativo, a proposito della cronica insufficienza infrastrutturale che caratterizza il territorio italiano, sia, in positivo, riguardo alle numerose proposte di recuperare il ritardo accumulato dal nostro Paese nella realizzazione delle opere strategiche e funzionali al suo sviluppo.

All'attualità del tema si lega, poi, un'occasione. Nell'aprile del 2012 presso l'Università Iuav di Venezia si è svolto un'interessante giornata di studi dal titolo *Infrastrutture per la ripresa economica. Opere, reti e servizi per il rilancio del sistema-paese tra canoni giuridici e dinamiche territoriali ed economiche*. In quell'occasione, si è tenuta la presentazione nazionale della rivista *Munus* e, a seguire, studiosi, esperti, rappresentanti delle istituzioni, magistrati e rappresentanti di primari operatori del settore hanno riflettuto e discusso sulle ragioni – di natura giuridica, economica e territoriale – che hanno determinato i ritardi italiani nella realizzazione delle opere infrastrutturali rispetto agli altri Stati membri dell'Unione europea, nonché sui possibili rimedi e su quelle che sono le riforme amministrative e le politiche infrastrutturali recentemente ipotizzate per rilanciare la crescita. Gli scritti di Giacinto della Cananea, Aristide Police e Marco Mazzarino, ospitati nel presente numero, sono tre delle relazioni che hanno aperto quel dibattito.

2. Infrastrutture e rilancio economico è un binomio da sempre indicato come la via maestra di un intervento pubblico per la ripresa che in particolari situazioni può diventare essenziale. La storia ha infiniti esempi al riguardo, e visto che si parlava di Venezia, si può ricordare l'importanza che ha avuto nell'800 la realizzazione del ponte ferroviario e nel '900 la realizzazione del porto industriale per consentire all'economia locale di rispondere alla crisi e rompere un isolamento economico che avrebbe impoverito la città<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. M. Costantini, *Porto navi e traffici a Venezia 1700-2000*, Venezia, Marsilio, 2004, 82 ss.

Oggi molte di quelle dinamiche sembrano riproporsi, con intensità maggiore e su scala molto più ampia rispetto al passato. Del resto, si sa, nei periodi di crisi il rilancio della politica infrastrutturale è uno dei principali strumenti proposti dai governi per provare a contrastare gli effetti negativi della stessa e per dare all'economia la spinta necessaria alla ripresa. E si capisce il perché. L'infrastruttura non è soltanto un'opera pubblica. Come ricordava M.S. Giannini già negli anni '70, essa deve la sua importanza prevalentemente al ruolo strategico che assume per i processi economici ed i servizi. Se il concetto di opera pubblica richiama l'idea statica del bene immobile, il concetto di infrastruttura, invece, implica quello più dinamico di bene strumentale, poiché la sua localizzazione e la sua realizzazione si giustificano in ragione della funzione che la stessa può e deve svolgere: le infrastrutture, infatti, sono strumentali per lo più alla funzionalità di un luogo, all'approvvigionamento delle risorse, agli scambi tra le merci, alla mobilità e agli spostamenti delle persone. Lo sanno bene gli economisti, per i quali le infrastrutture rappresentano il "capitale fisso sociale", ossia quel «complesso di beni capitali che, pur non utilizzati direttamente nel processo produttivo, forniscono una serie di servizi indispensabili per il funzionamento del sistema economico: strade, linee ferroviarie, porti, scuole, ospedali, ecc.»<sup>2</sup>.

Ma oggi non è soltanto l'intensità dell'interferenza tra infrastrutture e sviluppo economico ad essere maggiore che nel passato; anche i problemi, in primo luogo di taglio giuridico, sono diversi, e riguardano il rapporto tra le infrastrutture, da un lato, i decisori, le regole, i luoghi e le risorse, dall'altro.

**3. Infrastrutture, decisori, regole.** Il primo dato critico che si registra parlando di infrastrutture riguarda la moltiplicazione, su diversa scala, dei soggetti pubblici titolari di ruoli regolamentari e decisionali con riferimento alle dinamiche di progettazione e realizzazione delle opere. In parte, ciò è dovuto al fatto che l'infrastruttura si colloca su di un territorio e, oggi, il territorio – come è stato efficacemente chiarito – non è «né vuoto né riserva esclusiva di soggetti operanti ad un livello superiore (...); è un «pieno» di livelli sovrapposti di regolazione, di relazioni dirette con reti ed attori globali, di cooperazioni verticali e orizzontali, di politiche generali e di settore»<sup>3</sup>. Non è solo una questione di "affollamento", ma, a volte, manca una chiarezza sul "chi fa che cosa", in quanto molto spesso più soggetti pubblici

<sup>2</sup> Così Gius. Bognetti, *Infrastrutture*, in *Enc. Sc. Sociali*, IV, 1994, 720.

<sup>3</sup> Così M. Cammelli, *Istituzioni pubbliche e sviluppo economico locale*, in *Poteri pubblici e sviluppo economico*, a cura di R. Bin e L. Coen, Padova, Cleup, 2009, 30.

sono chiamati ad intervenire in relazione ad un processo di autorizzazione, localizzazione e realizzazione di opere pubbliche senza che siano nettamente definiti i ruoli, i compiti, con conseguente rischio di blocco procedimentale.

Le infrastrutture sono opere che già presentano caratteristiche – come l’indivisibilità e l’entità dei capitali necessari – tali da richiedere lunghi processi di progettazione e realizzazione. Se poi si aggiungono un quadro delle competenze spesso non troppo chiaro, procedure amministrative complesse e multilivello ed eventuali vincoli all’azione o alla spesa degli attori, allora il rischio che i processi rallentino ulteriormente o perfino si interrompano è elevatissimo, con la conseguenza che molte delle infrastrutture non vedranno la luce e gran parte degli investimenti fatti andranno persi. Del resto, basta guardare ad alcune vicende nazionali e cercare qualche dato ufficiale per avere una conferma al riguardo. Recentemente, infatti, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha realizzato l’anagrafe delle opere pubbliche incompiute (d.m. 13 marzo 2013, n. 42, attuativo dell’art. 44 *bis* del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201), nella quale già risultano censite 379 opere non portate a termine (di cui 26 a livello nazionale e 353 a livello regionale e locale). Altri dati rilevano che, come segnalato dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, solo 4 gare su dieci per la realizzazione di un’opera pubblica, fatte seguendo il modello del *project financing*, arrivano alla aggiudicazione definitiva, mentre quasi cinque miliardi di euro utilizzabili per investimenti in infrastrutture locali sono bloccati nelle casse di province e comuni dai vincoli del Patto di stabilità<sup>4</sup>.

Se dal piano delle procedure si passa a quello delle regole, l’incertezza non scompare, anzi contribuisce a determinare situazioni di confusione già, se vogliamo, fin dal momento costituzionale di precisazione dei titoli di competenza legislativa tra Stato e regioni spendibili in materia di infrastrutture. È una vicenda nota: se si guarda al Titolo V della Costituzione e alla ripartizione della competenza legislativa emerge subito che le materie riconducibili alle infrastrutture sono ripartite in maniera non proprio lineare tra il livello statale e quello regionale. Altrettanto noto è il conflitto generato da tale “compartecipazione” tra le due istituzioni dinanzi alla Corte costituzionale, proprio a proposito della legislazione in materia di infrastrutture, reti e impianti di energia.

Sempre a livello di regole, non bisogna dimenticare che, parlando di infrastrutture, si deve necessariamente fare riferimento ad una pluralità di statuti giuridici. Le infrastrutture possono inquadrarsi in un contesto ordi-

<sup>4</sup> Cfr. *Il Sole 24 Ore – Imprese e Territori* del 4 novembre 2013, 17.

nario o in un contesto strategico con conseguente cambio di prospettiva relativamente al paradigma normativo. Il codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) offre un minimo di disciplina unitaria a proposito della progettazione, localizzazione ed esecuzione delle opere infrastrutturali; per il resto, però, l'ordinamento giuridico presenta una pluralità di discipline, che mutano a seconda della destinazione funzionale della infrastruttura<sup>5</sup>.

Per non parlare, poi, del regime dominicale cui assoggettare l'opera; regime che può cambiare non solo a seconda delle caratteristiche del bene (infrastruttura singola; infrastruttura a rete), ma che oscilla tra modelli più vicini a logiche privatistiche e modelli, invece, più influenzati da una concezione di tali opere come beni pubblici in senso tradizionale<sup>6</sup>. Emblematico è il caso delle reti infrastrutturali strumentali alla gestione dei servizi idrici: al tentativo di alcune regioni di ipotizzare un possibile allentamento del carattere demaniale di tali beni ha risposto con forza il Giudice delle leggi, riaffermando il principio della proprietà pubblica delle reti<sup>7</sup>.

Ma gli sforzi per superare le molte criticità presenti nel settore non mancano. Essi sono concentrati prevalentemente sulla necessità di semplificare e accelerare i processi di realizzazione delle infrastrutture. La recentissima legislazione emergenziale anti-crisi contiene numerose misure dirette a favorire gli investimenti nel settore infrastrutturale in modo da contribuire alla ripresa economica. Bastano alcuni esempi: il d.l. 21 giugno 2013 n. 69, c.d. decreto del fare, contiene un intero capo dedicato al rilancio delle infrastrutture, dove emerge la previsione di un apposito fondo c.d. sblocca cantieri (art. 18), e molte misure specifiche di semplificazione delle procedure.

Non mancano, poi, i tentativi – posti in essere in varie sedi – di individuare dinamiche utili per prevenire o risolvere contrapposizioni competenziali tra lo Stato e altre istituzioni pubbliche titolari di specifici compiti con riferimento alla realizzazione di opere o impianti. Recentemente, ad esempio, la Corte costituzionale, in tema di attività di realizzazione di infrastrutture energetiche, ha confermato la compatibilità con il sistema di riparto delle competenze e con il principio di leale collaborazione del mec-

<sup>5</sup> Mette bene in evidenza tale aspetto G. Sciuolo, *La localizzazione delle infrastrutture*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, Il Mulino, 2007, 585 ss.

<sup>6</sup> Segnala la pluralità di modelli M. Dugato, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.A.*, in *Titolarità e pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego, Annuario 2003 dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, 122.

<sup>7</sup> Cfr. C. cost., 25 novembre 2011, n. 320.

canismo introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, con l'obiettivo di evitare che l'inerzia regionale determini una situazione ingiustificata di stallo procedurale<sup>8</sup>. Ma si sta affermando, anche, l'idea di risolvere in radice molti dei problemi conflittuali che la pratica registra, riportando al centro le principali competenze, a partire da quelle legislative, in tema di grandi opere. È quanto proposto dalla Commissione dei 35 saggi, istituita dal Presidente del Consiglio dei ministri nel 2013, la quale – nel suo rapporto finale – ha ipotizzato una modifica costituzionale che realizzi lo spostamento sotto la competenza statale delle materie riguardanti le grandi reti e che introduca anche una “clausola di salvaguardia statale”, da attivare in quei casi di conflitto idonei a mettere in discussione l'unità giuridica o economica, la realizzazione di programmi di interesse nazionali e le grandi riforme economico-sociali.

4. *Infrastrutture e luoghi*. Ma i problemi che i progetti di infrastrutturazione del territorio incontrano non riguardano solo le incertezze legate agli attori, alle regole, alle procedure. La possibilità di ricorrere alle infrastrutture come strumento di politica economica per rilanciare l'economia nel breve periodo deve spesso fare i conti anche con le resistenze dei luoghi. Ovviamente, le resistenze riguardano la possibilità di localizzare e realizzare un'infrastruttura sopra un determinato territorio. In questi casi in letteratura si parla di «territorialità oppositiva», carattere che contraddistingue quei luoghi «di insediamento comunitario che si oppon[gono](...) a localizzazioni sgradite (antenne, discariche, elettrodotti, ecc.)»<sup>9</sup>.

Le resistenze possono essere espresse in vari modi sia da soggetti pubblici sia da soggetti privati, singoli o associati. Nel primo caso, la resistenza può portare anche ad un'ipotesi di conflittualità tra poteri pubblici, di cui abbiamo già detto e alla quale si può dare soluzione ricorrendo ai meccanismi previsti dall'ordinamento giuridico per chiarire le competenze o impedire inerzie o blocchi procedurali. Gli esempi non mancano. Significativo, al riguardo, è il recente conflitto intercorso tra la regione Valle d'Aosta e lo Stato italiano a proposito della scelta operata dalla prima di esprimere la propria «territorialità oppositiva» rispetto a determinati impianti di smaltimento di rifiuti speciali. Con la legge 23 novembre 2012, n. 33, infatti, la Regione autonoma aveva introdotto una disposizione che espressamente affermava «in considerazione delle ridotte dimensioni terri-

<sup>8</sup> Cfr. C. cost., 7 ottobre 2013, n. 329.

<sup>9</sup> Così G. Endrici, *Territori e ambiente*, in C. Barbati e G. Endrici, *Territorialità positiva*, Bologna, Il Mulino, 2005, 152.

toriali della regione e dei limitati quantitativi di rifiuti prodotti, in conformità agli obiettivi di cui all'articolo 10, comma 1, al fine di tutelare la salute e di perseguire criteri di economicità, efficienza ed efficacia, nel ciclo integrato dei rifiuti solidi urbani e dei rifiuti speciali non pericolosi non si realizzano né si utilizzano sul territorio regionale impianti di trattamento a caldo quali incenerimento, termovalorizzazione, pirolisi o gassificazione». Lo Stato, a sua volta, ha rivendicato davanti alla Corte costituzionale la propria competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, contestando la scelta regionale, e ha ottenuto dalla stessa Corte una sentenza di illegittimità costituzionale della disposizione. Del resto, è orientamento costante della Corte quello che porta a rilevare che «la comprensibile spinta, spesso presente a livello locale, ad ostacolare insediamenti che gravino il rispettivo territorio degli oneri connessi (secondo il noto detto “*not in my back-yard*”), non può tradursi in un impedimento insormontabile alla realizzazione di impianti necessari per una corretta gestione del territorio e degli insediamenti al servizio di interessi di rilievo ultraregionale»<sup>10</sup>. Orientamento che nel caso in questione è stato riaffermato e ridefinito: «la disposizione impugnata, imponendo un divieto generale di realizzazione e utilizzo di determinati impianti su tutto il territorio regionale, non contiene un “criterio” né di localizzazione, né di idoneità degli impianti. Si tratta di un limite assoluto, che si traduce in una aprioristica determinazione dell'inidoneità di tutte le aree della Regione a ospitare i predetti impianti. Questa Corte, in altre materie come quella della localizzazione di impianti energetici, ha affermato il principio generale per cui la Regione «non può introdurre “limitazioni alla localizzazione”, ben può somministrare “criteri di localizzazione”, quand'anche formulati “in negativo”, ovvero per mezzo della delimitazione di aree ben identificate, ove emergano interessi particolarmente pregnanti affidati alle cure del legislatore regionale, e purché ciò non determini l'impossibilità di una localizzazione alternativa» (sentenza n. 278 del 2010); del resto, «la generale esclusione di tutto il territorio [...] esime dalla individuazione della *ratio* che presiede alla dichiarazione di inidoneità di specifiche tipologie di aree» (sentenza n. 224 del 2012); pertanto, alla Regione non può essere consentito, anche nelle more della definizione dei criteri statali, di porre limiti assoluti di edificabilità degli impianti (sentenza n. 192 del 2011)»<sup>11</sup>.

Le cronache quotidiane dimostrano che le resistenze dei luoghi sono anche resistenze dei singoli. Sotto tale aspetto, i percorsi di infrastruttura-

<sup>10</sup> Cfr. C. cost., 29 gennaio 2005, n. 62.

<sup>11</sup> C. cost., 2 dicembre 2013, n. 285.



zione presuppongono sempre partecipazione e consenso, e l'ordinamento giuridico non manca di strumenti al riguardo. Seguendo questa prospettiva, però, il discorso si fa più ampio, poiché il tema delle infrastrutture è destinato ad incrociarsi con altri temi legati ad interessi sensibili, come l'ambiente, la salute, il paesaggio, con altri statuti giuridici specifici e in questa sede non è possibile seguire tutti i sentieri di riflessione che possono avere origine dal fenomeno della resistenza dei luoghi alle infrastrutture.

5. *Infrastrutture e risorse.* Altrettanto intrecciato è il rapporto tra infrastrutture e risorse. E anche in questo caso non si può andare oltre ad un mero accenno alle problematiche più significative. Volendo sintetizzare, a ben vedere, la problematica è unica e attiene al fatto che le infrastrutture sono opere che richiedono investimenti di considerevole entità, che non sempre possono essere imputati esclusivamente allo Stato o al mercato. Pertanto, sotto tale punto di vista, il tema delle infrastrutture presuppone, a monte, una valutazione sui rapporti tra pubblico e privato e, a valle, la configurazione degli strumenti giuridici ed economici più idonei per assicurare le risorse necessarie alla realizzazione delle opere.

Bisogna, però, preliminarmente sottolineare che, oggi, l'analisi del rapporto tra infrastrutture e risorse è fortemente influenzato dal periodo di crisi economica che sta interessando i principali paesi industrializzati. La crisi economica, infatti, sottrae risorse utili alle infrastrutture, riduce la capacità dei soggetti, in primo luogo pubblici, ad investire in tale settore. Allo stesso tempo, come abbiamo più volte detto, il potenziamento infrastrutturale è uno dei modi attraverso il quale provare ad uscire dalla crisi. Quindi, la crisi non può avere l'effetto di accantonare le politiche infrastrutturali, anzi, le rilancia, mettendo però al centro del processo progettuale e decisionale il problema delle risorse.

La crisi economica, si diceva, incide sul rapporto pubblico – privato. Ciò avviene in generale<sup>12</sup>, ma a maggior ragione lo si riscontra a proposito degli investimenti e delle gestioni infrastrutturali. La storia insegna che, con riferimento alla realizzazione delle opere pubbliche, la presenza quasi preminente della mano pubblica è stata giustificata proprio in ragione della difficoltà a reperire finanziamenti privati. Tuttavia, negli anni '90 dello scorso secolo si era affermata una tendenza a riconoscere una fiducia, non acritica e non ideologica, ma pragmatica nel mercato, come fattore per potenziare

<sup>12</sup> Come giustamente sottolineato più volte nel lavoro collettaneo *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, 2012.

la realtà infrastrutturale italiana<sup>13</sup>. Recentemente, la tendenza sembrava essersi nuovamente invertita, soprattutto per l'influenza prodotta al riguardo dal dibattito sui c.d. beni comuni. Su tale tendenza si innesta, oggi, la crisi economica e la necessità di ricorrere al capitale privato per avere le risorse necessarie per procedere alla realizzazione delle infrastrutture, con la conseguenza di rimodulare il rapporto nuovamente valorizzando il ruolo del privato. È nella logica delle cose: «il finanziamento mediante capitali privati favorirà la privatizzazione delle reti infrastrutturali o, quanto meno, dei soggetti societari concessionari della loro costruzione e gestione, contrastando la recente tendenza a una loro ripubblicizzazione»<sup>14</sup>.

Stando così le cose, al legislatore non rimane che tentare di individuare modelli in grado di assicurare comunque un ruolo per il soggetto pubblico in un settore così delicato per gli interessi della collettività e definire strumenti efficaci, gestionali e non, per attirare i finanziamenti necessari alla realizzazione delle opere. Le soluzioni ipotizzate sono numerose e si registra negli ultimi anni l'incremento delle disposizioni legislative dedicate al problema delle risorse per l'infrastrutturazione e la moltiplicazione delle misure di promozione degli investimenti: solo nel 2012 sono stati cinque i decreti legge e oltre un centinaio le misure che si sono occupati in maniera più o meno specifica di finanziamento delle infrastrutture<sup>15</sup>. Ma si deve segnalare anche il più recente d.l. n. 69/2013 (c.d. decreto del fare), il quale ha anche il pregio di spostare l'attenzione sui fondi europei e sulla capacità del nostro Paese di utilizzarli per la competitività, la coesione e l'unità economica. Si sa che al riguardo la *performance* nazionale non è delle migliori e, anzi, scontiamo rispetto agli altri *partners* europei ritardi e gravi incapacità e inefficienze nello sfruttamento dei canali di finanziamento che l'Unione mette a disposizione per l'infrastrutturazione dei territori. Ben vengano, quindi, le misure previste dal c.d. decreto del fare, come la precedenza, legislativamente data, nella trattazione degli affari di competenza delle amministrazioni pubbliche, ai procedimenti, provvedimenti e atti anche non aventi natura provvedimento relativi alle attività in qualsiasi modo connesse all'utilizzazione dei fondi strutturali europei (art. 9, c.1); la definizione di un ampio potere sostitutivo del Governo fondato sull'art. 120, Cost., diretto a

<sup>13</sup> Cfr. *L'ammodernamento delle grandi reti. Risorse, strumenti e procedure*, a cura di S. Casese e A. Grassini, Roma, Editore SIPI, 1990.

<sup>14</sup> Così F. Bassanini, *Prefazione*, in *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, a cura di P.M. Manacorda, Firenze, Passigli Editori, 2010, 21.

<sup>15</sup> I dati sono segnalati e analizzati da A. Tonetti, *Il finanziamento delle infrastrutture*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 249 ss.

## infrastrutture e crescita economica

scongiurare inezie in grado di giustificare le sanzioni previste dall'ordinamento dell'Unione europea per i casi di mancata attuazione dei programmi e dei progetti cofinanziati con fondi strutturali europei e di sottoutilizzazione dei relativi finanziamenti, relativamente alla programmazione 2007-2013 (art. 9, c. 2); la possibilità ricorrere ad un nuovo strumento negoziale, il contratto istituzionale di sviluppo, stipulato dalle amministrazioni competenti e promosso dal Ministro per la coesione territoriale o dalle amministrazioni titolari dei nuovi progetti strategici, anche per accelerare la realizzazione di nuovi progetti strategici, sia di carattere infrastrutturale sia di carattere immateriale, di rilievo nazionale, interregionale e regionale, aventi natura di grandi progetti o di investimenti articolati in singoli interventi tra loro funzionalmente connessi, in relazione a obiettivi e risultati, finanziati con risorse nazionali e dell'Unione europea (art. 9-bis).

Anche in questo ultimo caso si conferma l'idea che tra infrastrutture e crescita economica esiste un forte rapporto di interdipendenza, ma spetta al legislatore e alle amministrazioni trovare i modelli più funzionali e definire gli strumenti più adeguati per equilibrare il rapporto tra pubblico e privato e realizzare le condizioni necessarie per fornire all'economie e ai territori le infrastrutture necessarie per competere in uno scenario sempre più globale, sempre più dinamico. Certo, l'impresa non è semplice e richiede rotture con tradizioni oramai cristallizzate, soluzioni spesso innovative, approcci strategici, scelte prioritarie<sup>16</sup>; di sicuro, però, la sfida che essa implica non può essere non accettata, soprattutto in un periodo di profonda crisi economica, davanti alla quale la società e gli interessi collettivi che essa esprime impongono ai pubblici poteri di assumere le responsabilità del caso e compiere gli sforzi necessari per trovare risposte ai problemi, poiché solo così facendo si potrà giustificare ancora il fatto che le infrastrutture non si possono concepire senza il pubblico.

*Giuseppe Piperata*

<sup>16</sup> Si v. al riguardo, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, *Programma infrastrutture strategiche. X Allegato infrastrutture*, settembre 2013, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it).



GIACINTO DELLA CANANEA

## STATO E MERCATO: LE INFRASTRUTTURE PER I SERVIZI PUBBLICI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Lo sviluppo dei servizi pubblici e delle infrastrutture: la dimensione finanziaria. – 1.2. Specifico rilievo giuridico delle infrastrutture. – 1.3. Tra diritto ed economia. – 2. Il ruolo dei pubblici poteri nell'approntamento delle infrastrutture. – 2.1. Una visione d'insieme: ordinamento europeo e ordinamenti nazionali. – 2.2. L'ordine giuridico europeo: le infrastrutture come beni comuni transnazionali. – 2.3. L'ordine giuridico europeo: irrilevanza dell'appartenenza dei beni, promozione del loro uso condiviso, incoraggiamento agli investimenti. – 2.4. L'ordinamento italiano: offerta pubblica e offerta privata di servizi. – 2.5. L'ordinamento italiano: una cornice giuridica inadeguata per gli investimenti. – 3. Il finanziamento in *deficit* delle infrastrutture. – 3.1. Il *favor* per gli investimenti pubblici nei trattati fondativi dell'Unione europea. – 3.2. Il *favor* per gli investimenti pubblici nel Patto di stabilità e crescita. – 3.3. Dai trattati fondativi al *Fiscal compact*. – 3.4. Lo Stato finanziatore: bilancio in pareggio, risorse aggiuntive e interventi speciali. – 3.5. Il *favor* per gli investimenti degli enti territoriali. – 4. Conclusioni.

### 1. Introduzione

*1.1. Lo sviluppo dei servizi pubblici e delle infrastrutture: la dimensione finanziaria*

Sul ruolo dello Stato e più in generale dei pubblici poteri nell'erogazione dei servizi offerti alla collettività e nell'approntamento delle relative infrastrutture, vi è varietà di opinioni. Su di esse influiscono non solo, com'è inevitabile, le diverse *Weltauschungen*, ma anche i fattori storici. Le analisi ad essi dedicate si fondano sullo studio di episodi e fasi più ampie, su accostamenti comparativi. Questi sono preziosi, perché consentono di constatare

\* Questo saggio, che riproduce il testo, rivisto e corredato di note, della prolusione al corso monografico della SPISA su "Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione", Bologna, 13 gennaio 2012, è in corso di pubblicazione nei Quaderni della SPISA.

sia la sostanziale comunanza dei problemi, sia la parziale divergenza delle soluzioni escogitate per porvi rimedio. Ne costituiscono altrettante, eloquenti dimostrazioni le alterne vicende delle ferrovie in Europa: dapprima finanziate e realizzate da operatori economici privati, poi nazionalizzate per via della loro importanza strategica, in seguito sottoposte a privatizzazioni e liberalizzazioni, con varietà di esiti. All'opposto, negli Stati Uniti d'America, il governo federale non è stato chiamato a concorrere alla realizzazione delle ferrovie: reti e servizi sono stati gestiti dagli operatori economici privati. Le inferenze che se ne possono trarre sono affascinanti, sia per le connessioni con gli aspetti più propriamente politici, nel senso dell'evoluzione del tipo di *res publica*, sia perché – sul piano epistemologico – confermano la relatività delle teorie<sup>1</sup>, anziché il loro progressivo superamento nelle sintesi di tipo hegeliano.

Piuttosto, storicamente, due fatti sono incontrovertibili. Il primo è che, malgrado le nostre limitazioni conoscitive, gli studi disponibili attestano che l'attività di approntamento delle infrastrutture, in particolare per quanto concerne le opere idrauliche e quelle viarie, costituisce da sempre un'attività tipica dei pubblici poteri, pur se non necessariamente un'attività esclusiva in ragione del loro alto costo<sup>2</sup>. Possono esservi state variazioni nel tempo e nello spazio. Possono esservi stati – cioè – Paesi e periodi storici, nei quali l'intervento diretto dei pubblici poteri ha subito una contrazione, per ragioni ideologiche ed economiche, come è accaduto in Europa per buona parte dell'Ottocento<sup>3</sup>. Ma si è trattato, appunto, di determinati periodi: secondo Albert Venn Dicey, il più eminente costituzionalista dello Stato dominante in quell'epoca, il Regno Unito, il collettivismo è subentrato al *laissez-faire* già nell'ultimo quarto del XIX secolo<sup>4</sup>, ben prima che Keynes lo segnalasse<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Per un confronto tra le teorie dello Stato del XIX e XX secolo, J. Rivero, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1987, 12 ed., 28.

<sup>2</sup> In senso difforme, M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, 21. Da Giannini è, invece, tratta la nozione di "approntamento", preferibile a quella di realizzazione, per evitare sovrapposizioni con le fasi operative, con cui si eseguono i progetti delle infrastrutture.

<sup>3</sup> Per un'analisi storica, R. Millward, *Private and Public Enterprise in Europe: Telecommunications and Transport 1830-1990*, Cambridge University Press, 2005.

<sup>4</sup> A.V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Indianapolis, Liberty Fund, 1917 (si veda, in particolare, la Lecture VIII – The Period of Collectivism).

<sup>5</sup> Il riferimento è a J.M. Keynes, *The End of Laissez-Faire* (1926), in *Essays in Persuasion*, London, Macmillan, 1931.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

Il secondo fatto deriva dall'ampliamento dell'elettorato e dal conseguente cambiamento del tipo di Stato. Per quanto esso abbia avuto luogo in tempi diversi nei diversi Paesi, l'importanza dei servizi pubblici si è ovunque notevolmente accresciuta. L'entità e la direzione del mutamento non sfuggirono ai Maestri del diritto pubblico europeo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. In Francia, esse suggerirono a Léon Duguit una sistemazione del diritto amministrativo alternativa a quella prospettata da Maurice Hauriou, fondata sull'autorità<sup>6</sup>. In Italia, essi indussero Vittorio Emanuele Orlando a constatare all'inizio del Novecento, non senza preoccupazione, le difficoltà che ne derivavano anche sul piano costituzionale<sup>7</sup>. Quella tendenza è proseguita nel corso del secolo scorso. Lo sviluppo e la diffusione dei servizi pubblici di tipo sociale, dall'istruzione alla salute, hanno contribuito grandemente a migliorare gli standard di vita, pur incidendo sulle libertà economiche<sup>8</sup> e ponendo problemi tutt'altro che lievi sotto il profilo della giustizia distributiva<sup>9</sup>. La realizzazione e il perfezionamento delle infrastrutture e delle reti (di energia, di trasporto, di comunicazioni elettroniche) hanno permesso movimenti – prima impensabili – di persone, merci, servizi<sup>10</sup>; hanno contribuito nel lungo periodo alla crescita del reddito e del benessere, sia pure in modi tanto complessi da escludere nessi di causalità di agevole e univoca rilevazione.

Vi è anche un altro lato della medaglia: le infrastrutture hanno influito sull'ambiente, rimodellandolo, a volte danneggiandolo, sollevando reazioni da parte degli enti locali che lo amministrano<sup>11</sup>. Soprattutto, si è posto il problema degli alti costi necessari per realizzarle. Considerate congiuntamente, le spese per i servizi pubblici e per le relative infrastrutture hanno provocato nel Novecento, in tutta l'Europa, un ampliamento assai consistente delle

<sup>6</sup> M. Hauriou, *Principes de droit public* (1910, [Paris, Dalloz, 2010]), 264. Per una retrospettiva delle posizioni di Duguit e Hauriou e del loro influsso sulla cultura giuridica francese successiva, J. Chevallier, *Le service public* (7 ed., Paris, Puf, 2008), 18.

<sup>7</sup> V.E. Orlando, *Introduzione*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano* (Milano, Società editrice libraria, 1901); *Sul contenuto giuridico della legge di bilancio* (1911), ora in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, 528.

<sup>8</sup> S. Romano, *Le libertà di commercio nei mercati municipali* (1925), ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1990, 277.

<sup>9</sup> J. Mashaw, *Bureaucratic Justice. Managing Social Security Disability Claims*, Yale University Press, 1985.

<sup>10</sup> S. Graham & S. Marvin, *Splintering Urbanism. Networked Infrastructures, Technological Mobilities and the Urban Condition*, London and New York, Routledge, 2001.

<sup>11</sup> S. Cassese, *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 1025.

spese poste a carico della collettività. Vi ha corrisposto un incremento delle entrate correnti messa dalla collettività a disposizione dei pubblici poteri. Quando tale incremento è risultato insufficiente, come è accaduto nel sistema politico-amministrativo italiano, è lievitato l'indebitamento, per via del meccanismo perverso dell'aumento del debito e degli interessi, accollati alla collettività. Ciò ha influito negativamente sulla stabilità della finanza pubblica, nonché sulle prestazioni nei confronti delle quali i cittadini (e, sempre più spesso, altri soggetti) avanzano pretese<sup>12</sup>.

Il problema posto dall'accresciuta dimensione finanziaria delle infrastrutture può essere meglio compreso se scomposto in due distinte questioni: a) se, ed entro quali margini, debba esservi un intervento diretto dei pubblici poteri nella realizzazione delle infrastrutture; b) se ed entro quali limiti tale intervento diretto possa essere basato, oltre che sulle entrate correnti derivanti dal prelievo, cioè dall'esercizio della potestà di coazione, sulle entrate derivanti dall'indebitamento, acquisite tramite contratti<sup>13</sup>. Ad esse sono dedicate, rispettivamente, la seconda e la terza parte di questo studio.

### 1.2. Specifico rilievo giuridico delle infrastrutture

Uno studio di questo tipo non è privo d'inferenze e suggestioni per l'impostazione di questioni interferenti. Una di esse è l'importanza della nozione di "infrastruttura", che sovente resta in ombra rispetto alla nozione di "servizio pubblico" o altre equivalenti (servizi di pubblica utilità e così via)<sup>14</sup>.

La nozione di infrastruttura assume un preciso rilievo sul piano giuridico, per quanto concerne sia il ruolo dei pubblici poteri, sia le situazioni giuridiche soggettive degli operatori privati. Per i primi, le norme dell'Unione europea stabiliscono una fondamentale distinzione, tra la regolazione e la gestione delle reti e dei servizi<sup>15</sup>. La distinzione si coglie non tanto

<sup>12</sup> F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990.

<sup>13</sup> Non verranno considerate, per evitare dispersioni, altre questioni di grande importanza per l'economia e il diritto, segnatamente se l'effetto di spiazzamento indotto dall'accumulazione di capitale da parte dei pubblici poteri esponga a rischi il risparmio, che è bene costituzionalmente tutelato, e se le forme di collaborazione tra enti pubblici e imprese private siano adeguate rispetto ai principi dell'equilibrio finanziario e del buon andamento: per una disamina di alcuni aspetti, *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

<sup>14</sup> D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371.

<sup>15</sup> Si consideri, per esempio, l'articolo 3, § 2, della direttiva n. 2002/21, direttiva-quadro in tema di comunicazioni elettroniche.



## le infrastrutture per i servizi pubblici

in relazione ai servizi quali sono forniti a quanti ne facciano richiesta o al limite all'intera collettività, quanto al lume d'una considerazione complessiva delle funzioni. Per esse, l'ordinamento giuridico impone non una semplice disgiunzione, bensì la separatezza, al fine di evitare improprie commistioni e il connesso rischio di distorsioni (*government failures*) nel funzionamento dei mercati delle reti e dei servizi. Quanto agli operatori economici privati, le norme dell'Unione europea stabiliscono i criteri ai quali le autorità nazionali devono attenersi nell'esaminare le domande per la concessione del diritto di installare strutture su proprietà pubbliche o private<sup>16</sup>. Quei criteri non escludono la facoltà delle autorità nazionali d'imporre contributi agli operatori che siano proprietari delle strutture installate. Di converso, i contributi e altri oneri economici non possono essere applicati agli operatori che utilizzano tali strutture per prestare servizi (di telefonia mobile) senza esserne proprietari, per esempio nel caso in cui usino beni demaniali<sup>17</sup>.

La nozione di infrastruttura ha un autonomo rilievo giuridico anche rispetto alla nozione di "rete"<sup>18</sup>, con cui è collegata, sovente fino all'indistinto. Non vi è dubbio che i circuiti e gli snodi, i cavidotti e gli elettrodotti, le apparecchiature fisse e mobili (da tenere distinte da altri tipi di beni, come le locomotive e i vagoni, utilizzati per la gestione dei servizi), assumono un rilievo specifico in ragione della destinazione a un determinato servizio, nel quadro d'una rete. Ma non bisogna dimenticare che una medesima struttura può assumere rilievo anche ad altri fini, come accade agli impianti di telecomunicazioni che accedono a una rete ferroviaria, ma sono suscettibili di un uso distinto e autonomo, non meramente servente rispetto a quella rete (si parla comunemente di interrelazione fra reti). In base alle norme dell'Unione europea, le infrastrutture presentano un autonomo rilievo sotto un profilo più propriamente pubblicistico, ossia in rapporto alla loro importanza strategica. Un'apposita disciplina è stata emanata per tutelare le «infrastrutture critiche». Esse sono individuate in base a un duplice criterio. Le norme ne forniscono, anzitutto, una definizione generica, la quale fa riferimento alle strutture essenziali per il mantenimento delle "funzioni vitali" per la società e le sue componenti, e il cui danneggiamento o

<sup>16</sup> Art. 3, par. 1, direttiva n. 2002/21.

<sup>17</sup> CGUE, sentenza 12 luglio 2012, cause riunite C-55/11, C-57/11 e C-58/11, *Vodafone España SA c. Ayuntamiento de Santa Amalia e Ayuntamiento de Tudela; France Telecom España, c. Ayuntamiento de Torremayor*, par. 35.

<sup>18</sup> F.Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008, 13 (ove si segnala che le reti fisiche sono «beni infrastrutturali composti di parti connesse»).

la cui distruzione avrebbe un impatto significativo sulla vita del Paese<sup>19</sup>. Ne indicano, inoltre, una tipologia, facendo riferimento, tra l'altro, alle infrastrutture e agli impianti adibiti alla produzione e alla trasmissione di energia elettrica; alla produzione, alla raffinazione, allo stoccaggio e al trasporto di gas; alle vie di navigazione interna e al trasporto stradale; al trasporto ferroviario e a quello aereo.

Un'ulteriore distinzione va infine tracciata tra la nozione di infrastrutture e quella di "opere pubbliche". Tra di esse vi è indubbiamente sovrapposizione di ambiti, ma non identità. La distinzione si coglie non con riferimento alla struttura in sé, bensì in relazione all'appartenenza e alla funzione che assolve e, conseguentemente, al rilievo che il diritto le attribuisce. Da un lato, un'infrastruttura, in qualunque modo finanziata e realizzata, può appartenere a un ente pubblico o a un'impresa (formalmente e sostanzialmente) privata. Solo nel primo caso, essa costituisce anche un'opera pubblica, in senso proprio<sup>20</sup>. Dall'altro lato, vi sono opere pubbliche che, pur se destinate alla fruizione da parte dei cittadini (diversamente, poniamo, da quelle adibite ad uso esclusivo degli appartenenti alle forze armate), non sono destinate allo svolgimento di pubblici servizi (case popolari, edilizia convenzionata)<sup>21</sup>.

### *1.3. Tra diritto ed economia*

L'esigenza di un approfondimento delle questioni relative alle infrastrutture non è senza interesse, sul piano culturale, anche per le molteplici relazioni che si instaurano tra diritto ed economia. Entrambi i profili prima segnalati – i margini entro i quali può esplicarsi l'intervento diretto dei pubblici poteri ed essi possono finanziare le infrastrutture con i proventi dell'indebitamento – sono rilevanti sia per il diritto, sia per l'economia. Hanno sollecitato contributi d'insigni studiosi di ciascuna disciplina, nonché di alcuni eclettici.

<sup>19</sup> Art. 2, lett. a), direttiva 2008/114 del Consiglio: «un elemento, un sistema o parte di questo ubicato negli Stati membri che è essenziale per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale dei cittadini ed il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo in uno Stato membro a causa dell'impossibilità di mantenere tali funzioni».

<sup>20</sup> M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 55.

<sup>21</sup> Per una sistemazione dei beni che mette in primo piano l'uso, G. della Cananea, *I beni pubblici*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2004, 171.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

Forse è soprattutto per la seconda questione, concernente l'acquisizione e l'uso di cospicue risorse finanziarie, che l'apporto dell'analisi economica ha importanza anche per il giurista. Lo è, in particolare, quando le norme d'apice dell'ordinamento offrono all'interprete indizi non univoci o non sufficienti, come accade per il fondamentale – ma tante volte violato – precetto costituzionale che richiede al Parlamento di approvare leggi comportanti spese soltanto ove siano stati indicati i “mezzi” per farvi fronte (art. 81 Cost.). Se il prelievo e il debito siano, sul piano finanziario, in relazione d'indifferenza – come osservato da Ricardo, che ammetteva di preferire il primo perché gli uomini sono poco lungimiranti – e se, quindi, tra quei “mezzi” possa rientrare l'indebitamento, sul presupposto che le spese realizzate diano luogo a incrementi del patrimonio pubblico, a successivi incrementi del prelievo, è questione per la quale l'apporto della scienza economica è cruciale<sup>22</sup>. Essa può essere posta al servizio dell'interpretazione giuridica, nella ricerca della norma più acconcia a tutelare gli interessi della collettività.

D'altro canto, una determinata linea di politica economica, in sé opinabile (come gli standard quantitativi ai quali fanno riferimento le norme che vietano i disavanzi pubblici eccessivi), può essere cristallizzata da una o più norme. In tal caso, essa assume il crisma della doverosità. Certamente ciò non la sottrae a critiche per i fini ai quali è ordinata o per i mezzi dei quali si vale. Pure, con altrettanta certezza quella linea di politica economica rappresenta il dover essere, *in primis* per i pubblici poteri. In una evenienza di questo tipo, il diritto è al servizio dell'economia e della finanza<sup>23</sup>.

Ma il rapporto tra diritto ed economia non è sempre facile. Proprio nell'ambito delle infrastrutture e delle reti per i servizi pubblici, le cronache e le relazioni della Corte dei conti sono ricche di esempi di procedimenti di programmazione la cui lunghezza ritarda la realizzazione delle opere pubbliche, incidendo negativamente sulla loro utilità in funzione anticiclica. Anche l'apertura dei procedimenti amministrativi all'apporto dei privati può dare luogo a ritardi rispetto alla realizzazione di opere delle quali la società tutta ha bisogno. Pure, quell'apporto non può essere escluso, specialmente se costi e benefici sono assai diversamente distribuiti. Il diritto può anzi contribuire ad alleviare l'opposizione di singoli individui e gruppi, se

<sup>22</sup> Il riferimento al pensiero di Ricardo è tratto da L. Spaventa, *Debito pubblico*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, Treccani, 1992.

<sup>23</sup> Per alcuni sviluppi, S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 265.

dando loro “voce” realizza l’aspirazione ad essere compartecipi del proprio destino, permette d’individuare soluzioni più eque<sup>24</sup>.

## **2. Il ruolo dei pubblici poteri nell’approntamento delle infrastrutture**

### *2.1. Una visione d’insieme: ordinamento europeo e ordinamenti nazionali*

Si è osservato, all’inizio di questo scritto, che sul ruolo che lo Stato e gli altri pubblici poteri devono assumere in relazione all’approntamento delle infrastrutture, vi è stata e vi è varietà di opinioni. Alcuni, fedeli al convincimento che le forze del mercato se regolate – non guidate – siano in grado di raggiungere assetti ottimali, quanto meno nel lungo periodo, ritengono che i pubblici poteri debbano limitarsi ad assicurare le condizioni indispensabili affinché questo processo si realizzi; all’interno di questo filone di pensiero, che convenzionalmente può essere etichettato come liberista, vi è peraltro una diversità di vedute, in relazione all’utilità delle nazionalizzazioni di alcuni servizi (avversate da Hayek e ammesse, a talune condizioni, da Einaudi) e all’approntamento delle infrastrutture. Altri, sottolineando che quest’ultima attività è da sempre un compito essenziale dei pubblici poteri, ritengono che ciò costituisca una sorta di configurazione pregiuridica, rispetto alla quale il diritto può, al più, stabilire presupposti, condizioni, limiti, senza intaccare l’aspettativa di un crescente intervento dello Stato (Keynes). Una disamina di queste opinioni, delle loro relazioni con le teorie dei giuristi, sarebbe di notevole utilità. Consentirebbe di gettare luce, oltre che sui giudizi di valore ai quali esse si ispirano, sull’influenza che hanno esercitato sui *policy-makers*. Ma ciò richiederebbe un’apposita indagine sul piano della storia delle idee, che va rinviata a un’altra occasione, dal momento che questo studio si prefigge di esaminare le due questioni segnalate all’inizio (quale debba essere il ruolo dei pubblici poteri e se ed entro quali limiti l’eventuale sostegno finanziario alle infrastrutture possa avere luogo mediante risorse derivanti dall’indebitamento).

Per un esame degli eventi che presentano rilievo per il diritto, conserva un’indiscutibile importanza, sul piano euristico, la nozione di “esperienza

<sup>24</sup> Il riferimento è ad A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

giuridica”<sup>25</sup>. Essa consente di superare i limiti del concetto di norma e, in ultima analisi, di ordinamento. Permette di considerare in una chiave unitaria il mondo delle norme positive e le vicende mediante le potenzialità insite in quelle norme si traducono in atto: nella prassi applicativa, nella giurisprudenza, nella più complessiva cultura istituzionale.

La nozione di esperienza giuridica consente, altresì, di superare il tradizionale – ma infondato – modo di concepire i rapporti tra i due ordinamenti giuridici che contraddistinguono il nostro tempo: quello nazionale e quello della Comunità europea, cui è ora subentrata l’Unione europea. A giustificare questo approccio non è il semplice “fatto” – d’indiscutibile rilevanza per il diritto – della graduale, crescente interazione tra i due ordinamenti. Vi concorrono due aspetti che consentono di qualificare quel fatto dal punto di vista giuridico: la previsione – nell’articolo 11 della Costituzione – delle limitazioni alla sovranità nazionale, sulla quale si è fondata la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale; la precisazione – ad opera dell’articolo 117 della Costituzione, nel testo entrato in vigore nel 2001 – che le norme statali e regionali debbono rispettare, oltre alla Costituzione (e alle altre norme costituzionali), l’ordinamento comunitario. Ne risulta superata, insieme all’impostazione tradizionale fondata sulla teoria della statualità del diritto, quella che vede nella realizzazione delle infrastrutture un compito prevalentemente statale o pubblico, rispetto al quale è secondario il ruolo che i privati possono assumere ed è correlativamente avvertita in modo meno intensa la necessità d’una disciplina pubblicistica.

Una succinta dimostrazione della prima osservazione prende le mosse dal *foedus* stipulato dagli Stati. Fin dal suo atto genetico, il Piano Schuman, in quel *foedus* vi è un duplice elemento, finalistico e metodologico. L’elemento finalistico consiste nella preservazione della pace e nella promozione del benessere (“contribuire al rialzo del livello di vita e al progresso delle opere di pace”). L’elemento di metodo consiste nella realizzazione di solidarietà concrete (“L’Europa non potrà farsi un una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto”)<sup>26</sup>. Per instaurare queste solidarietà, le istituzioni comunitarie hanno realizzato un mercato unico, che postula l’eliminazione o perlomeno l’attenuazione delle distorsioni del mercato in-

<sup>25</sup> R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1961), Bologna, Il Mulino, 1987.

<sup>26</sup> Per una messa a punto, J.H.H. Weiler, M. Cartabia, *L’Italia in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2000.

dotte dall'agire dei poteri privati (*market failures*) e dei poteri pubblici (*government failures*). Hanno introdotto una sola *lex monetae*, per gli Stati aderenti alla terza fase dell'unione economica e monetaria. Hanno gradualmente posto in essere una varietà di azioni comuni, talora limitate al coordinamento delle politiche pubbliche nazionali, talaltra volte a conseguire finalità ulteriori, mediante vere e proprie "politiche comuni". Non è privo di rilievo che le azioni volte a promuovere le reti trans-europee siano state previste soltanto nel periodo più recente, ossia dal Trattato di Maastricht, quando la prospettiva del "1992" sembrava in buona parte realizzata e si stava avviando il trasferimento della sovranità monetaria<sup>27</sup>.

## 2.2. *L'ordine giuridico europeo: le infrastrutture come beni comuni transnazionali*

Gli interventi dell'Unione europea riguardanti le reti trans-europee<sup>28</sup>, sono denotati da tre caratteristiche, una generale e due specifiche.

La prima concerne l'ordine delle competenze relative all'emanazione di norme e atti vincolanti. A seconda che la competenza si iscriva tra quelle esclusive o concorrenti, diverse questioni si pongono e si risolvono in modo significativamente diverso. In particolare, nelle materie di competenza concorrente, l'azione dell'Unione si aggiunge a quelle spettanti agli Stati, senza sostituirsi ad essi. Ma in relazione all'emanazione delle norme volte a regolare tali politiche, l'Unione dispone d'una posizione di primazia, nel senso che vi è una relazione di precedenza sul piano temporale tra le sue norme e le norme nazionali, oltre al consueto primato sul piano del sistema delle fonti del diritto.

La seconda caratteristica concerne, in modo specifico, la costituzione e allo sviluppo delle reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia. Diversamente da altri ambiti, nei quali l'azione dell'Unione si aggiunge a quelle da tempo svolte dai poteri pubblici nazionali, senza comportarne una riformulazione, la realizzazione di reti che connettono i vari partner ha un più evidente coefficiente di novità. Inoltre, per sua natura richiede l'utilizzo di tecnologie comuni. Di qui la necessità di emanare norme tecniche, cui fa riferimento l'articolo 171 (§ 1, secondo alinea) TFUE<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Per ulteriori ragguagli, F. Di Porto, *La disciplina delle reti*, cit., 25; A. Predieri, *Le reti trans europee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, 294.

<sup>28</sup> Artt. 4, par. 2, lett. h), e 170, TFUE.

<sup>29</sup> L'azione dell'Unione mira a «favorire l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti

## le infrastrutture per i servizi pubblici

Infine, il Trattato prevede due tipi di attività amministrative: l'adozione di atti d'indirizzo e, nel settore delle infrastrutture dei trasporti, il finanziamento di progetti *ad hoc*, mediante il Fondo di coesione. Sono presenti, quindi, elementi tipici sia delle azioni svolte dalle istituzioni europee per consolidare il mercato unico («nel quadro di un sistema di mercati aperti e concorrenziali»: articolo 170 TFUE), sia delle azioni volte a conseguire gradi più elevati di coesione economica e sociale<sup>30</sup>. In ciò si può vedere null'altro che una un'eccezione rispetto alla priorità e alla prevalenza del finanziamento statale delle attività relative ai servizi d'interesse economico generale o l'embrione di un ruolo finanziario dell'Unione, destinato a svilupparsi in ragione delle risorse stanziare in bilancio. Ad ogni modo, è indubbio che quella previsione normativa abbia un effetto non semplicemente legittimante, ma bensì di tipo direttivo, nei confronti di un intervento finanziario dell'Unione, per promuovere la realizzazione delle reti trans-europee.

In sintesi, le reti trans-europee si configurano come beni d'interesse comune. Per la loro realizzazione, coerentemente con il principio di sussidiarietà, l'Unione non si sostituisce né ai poteri pubblici nazionali, né alle forze del mercato. Pure, le sue norme costituzionali attribuiscono un indiscutibile rilievo alla realizzazione di reti volte consentire sia ai cittadini dell'Unione e agli operatori economici, sia alle collettività regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne.

### *2.3. L'ordine giuridico europeo: irrilevanza dell'appartenenza dei beni, promozione del loro uso condiviso, incoraggiamento agli investimenti*

Quanto appena osservato può essere utilmente precisato sotto due ulteriori profili: l'indifferenza del Trattato per l'appartenenza dei beni e la promozione dell'uso condiviso delle infrastrutture e delle reti.

nazionali, nonché l'accesso a tali reti»: per ulteriori ragguagli, C. Magnani, *Le reti trans europee*, in *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, vol. III, a cura di S. Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2010, 622.

<sup>30</sup> Nel mettere a punto le nuove prospettive finanziarie per il periodo 2014-2020, la Commissione ha proposto un nuovo piano di finanziamento per accelerare gli investimenti a lungo termine in strade, ferrovie, reti energetiche, gasdotti, oleodotti e reti a banda larga ad alta velocità. Il piano, sottoposto all'approvazione del Parlamento europeo e del Consiglio, consta di 50 miliardi di euro, destinati, in particolare, ai trasporti (31,7 miliardi), al collegamento delle reti energetiche (9,1 miliardi), alle reti digitali ad alta velocità (9,2 miliardi). Il tempo dirà se almeno una parte di questi buoni propositi potrà realizzarsi.

Anche sotto il primo profilo, mantiene intatto il proprio rilievo la decisione politica esternata nell'atto genetico dell'integrazione comunitaria, il Piano Schumann: esso precisava che «l'istituzione dell'Alta Autorità non pregiudica in nulla il regime di proprietà delle imprese». Coerentemente con quella impostazione, il Trattato di Roma ha lasciato «del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» (art. 295 TCE, riprodotto senza variazioni dall'art. 345 TFUE). Non si è ispirato, quindi, a un disfavore per la proprietà pubblica o per quella privata. Piuttosto, si è preoccupato di tutelare in modo ancor più intenso rispetto a quanto fosse abituale in alcuni ordinamenti giuridici nazionali l'interesse all'efficiente uso delle risorse, anche in relazione alla edificazione d'una cornice giuridica che incoraggi gli investimenti<sup>31</sup>.

In sintonia con questa sistemazione, che comporta una dequotazione del momento dell'appartenenza dei beni rispetto al momento della loro fruizione, le norme dell'Unione si sono con crescente consapevolezza indirizzate verso la promozione dell'uso condiviso delle infrastrutture e delle reti. Assumono una precisa importanza, a tal fine, le norme che disciplinano le comunicazioni elettroniche. Mentre le norme della prima generazione, negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, si sono limitate a stabilire le condizioni minime indispensabili alla liberalizzazione dei servizi e delle reti, dopo il Duemila le norme della seconda generazione hanno attribuito alle autorità nazionali il compito di favorire l'uso condiviso delle infrastrutture. Ne costituisce un'eloquente dimostrazione la direttiva n. 2002/19, che disciplina gli obblighi che possono essere imposti alle imprese che gestiscono servizi e reti di comunicazioni elettroniche. Tali obblighi includono, oltre all'accesso e alla interconnessione, l'obbligo di «consentire la coubicazione o altre forme di condivisione degli impianti, inclusa la condivisione di condotti, edifici o piloni» (art. 12, par. 1, lett. f). Le infrastrutture sono così concepite come *essential facilities*<sup>32</sup>, delle quali è impossibile o economicamente svantaggiosa una duplicazione e per le quali va, quindi, promossa una fruizione condivisa da parte di più operatori, nell'interesse della collettività.

<sup>31</sup> Per esempio, l'art. 7-ter, par. 5, direttiva n. 2009/140 fa riferimento, nel precisare i principi cui le autorità nazionali di regolazione devono attenersi, alla promozione di «investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate».

<sup>32</sup> Per questa nozione, D. Durante, G.G. Moglia, A. Nicita, *La nozione di "Essential Facility" tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, n. 2, 257. Per la tesi che anche nell'ordinamento italiano, il momento della fruizione assuma un rilievo crescente, M. Dugato, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, Giuffrè, 2008, 17 ss.



## le infrastrutture per i servizi pubblici

Un ulteriore aspetto merita di essere segnalato. Esso riguarda le finalità della regolazione pubblica dei servizi. Nel novero di quelle finalità, non vi è soltanto la realizzazione delle condizioni indispensabili per garantire che la concorrenza sia effettiva, non una mera enunciazione di principio, e la libertà di scelta degli utenti. Vi è anche un'altra, duplice, finalità: essa consiste nell'incoraggiare investimenti efficienti in materia di infrastrutture e nel promuovere l'innovazione tecnologica<sup>33</sup>. Ciò consente di completare la ricostruzione prima prospettata nei termini seguenti: la realizzazione di reti trans-europee costituisce una finalità comune all'Unione e agli Stati; essa viene promossa mediante il perfezionamento delle regole del giuoco economico, segnatamente chiedendo ai regolatori nazionali d'incoraggiare gli investimenti, pubblici e privati; viene sostenuta anche mediante il finanziamento diretto di alcuni progetti. L'aspettativa sottostante è che ciò valga a indurre una moltiplicazione degli investimenti privati (per esempio, secondo stime della Commissione, i finanziamenti dell'Unione alla realizzazione di reti a banda larga e servizi digitali su scala europea potrebbero attirare da altre fonti risorse, pari a cinque volte i nove miliardi da investire).

L'analisi svolta, pur se a grandi linee, dimostra l'importanza della disciplina europea. Pur se i legislatori dell'Unione, il Consiglio dei ministri e il Parlamento, non hanno adottato una disciplina unitaria, le direttive, le decisioni e le raccomandazioni della Commissione e le pronunce interpretative della Corte di giustizia hanno segnato decisivi progressi nella direzione dell'orientamento al mercato. Essi compongono un ordinamento organico, configurano un mercato regolato di concorrenza per i servizi di tipo industriale. La liberalizzazione dei mercati delle reti e dei servizi ha consentito di ampliare e differenziare l'offerta di servizi, ha creato le condizioni per il progresso delle imprese in grado di essere profittevoli nell'offrire servizi di qualità. Con ciò si dimostra che la liberalizzazione dei servizi industriali comporta un'espansione delle libertà di cui godono le imprese. Ma comporta anche una facoltà di scelta per l'innanzi preclusa agli utenti, quella di scegliere tra più imprese erogatrici di servizi e talora anche di reti<sup>34</sup>. In particolare, nelle comunicazioni elettroniche e nei trasporti ferroviari ad alta velocità, è possibile scegliere tra servizi alternativi, con costi comparabili.

<sup>33</sup> Direttiva-quadro sulle comunicazioni elettroniche, art. 8, par. 2, lett. c).

<sup>34</sup> Non è un caso che la direttiva-quadro sulle comunicazioni elettroniche richieda alle autorità nazionali di regolazione, anzitutto, di assicurare che gli utenti ricevano «il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità» (art. 8, par. 2, lett. a).

Pur all'interno di un mercato regolato, quindi, torna a espandersi la sovranità del consumatore<sup>35</sup>.

2.4. *L'ordinamento italiano: offerta pubblica e offerta privata di servizi*

Poiché a queste norme, e agli indirizzi che in esse si esprimono, l'ordinamento giuridico nazionale deve conformarsi, quello che mi preme stabilire è che tale conformazione influisce in modo determinante sul regime costituzionale dei servizi pubblici e delle correlative infrastrutture. Questa tesi è suscettibile di una dimostrazione generica e di una specifica.

In senso generico – si è già notato – anche se le disposizioni costituzionali e le leggi volte ad attuarle restano inalterate nel tenore letterale, il loro significato cambia, deve cambiare, per assicurare la coerenza delle norme che da quelle disposizioni si traggono con le norme dell'Unione europea. Così, pur se riveste un preciso rilievo costituzionale il fatto che l'art. 41 abbia effettuato una scelta di fondo a favore di un'economia di mercato, un'interpretazione rigorosa sul piano sistematico deve sottolineare l'importanza assunta, a questo riguardo, dalla concorrenza, rendendo doverosi interventi regolativi, oltre alla disciplina *antitrust*<sup>36</sup>. Ne deriva una serie di conseguenze: resta senz'altro legittimo l'intervento diretto dei pubblici poteri in campo economico, ma esso deve esplicarsi senza impedire alle forze del mercato di competere; anche l'erogazione di finanziamenti alle imprese, private e pubbliche, deve essere coerente con la logica aziendale di un investitore lungimirante.

In senso specifico, una dimostrazione di quanto profondamente l'integrazione dei mercati nell'Europa unita conformi la disciplina costituzionale può essere svolta – anche in questo caso in forme stilizzate – in rapporto alla riserva originaria in tema di servizi pubblici. La riflessione dei giuristi ha avuto un'importanza ragguardevole nella disciplina dei monopoli comunali. Su di essa hanno influito determinati presupposti culturali, se non ideologici, relativi alla supremazia dello Stato e alla preferibilità dell'offerta diretta di servizi da parte degli enti pubblici. Ma vi hanno influito anche altri presupposti, tecnologici ed economici: l'assunto che la medesima infrastruttura di rete non fosse disponibile per la fruizione da parte di più d'un operatore; il convincimento che la moltiplicazione delle infrastrutture fosse svantaggiosa, se non impossibile.

<sup>35</sup> Per quest'ordine di idee, B. Leoni, *La sovranità del consumatore*, Roma, Ideazione, 1997.

<sup>36</sup> C. cost., sentenza n. 14/2003.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

Ciò spiega, unitamente alle sollecitazioni cattoliche e marxiste, perché nell'art. 43 Cost. l'obiettivo, comune ad altri ordinamenti occidentali, di contrastare i monopoli industriali, venga realizzato mediante la sostituzione dei monopoli privati con quelli pubblici. Vi si provvede con la riserva originaria, che priva ogni altro soggetto della legittimazione a svolgere una determinata attività d'impresa<sup>37</sup>. Da qui all'escludere che possano essere pubblici anche i servizi resi da privati il passo è breve. Ha incontrato ostacoli, quindi, il tentativo di ridefinire il concetto di servizio pubblico in senso oggettivo, malgrado esso fosse desumibile proprio dall'art. 43<sup>38</sup>.

La normativa dell'Unione europea si fonda su diversi presupposti sia giuridici, per via dell'irrelevanza della proprietà dei beni produttivi e delle imprese, sia tecnologici ed economici. Grazie al progresso tecnologico, la medesima rete elettrica o di telecomunicazioni può essere utilizzata da due o più fornitori di servizi, i quali la connettano alla propria. Questi, anzi, possono configurarsi come esercenti servizi privi d'una propria rete, o addirittura capaci di offrire combinazioni vantaggiose di servizi altrui.

Non viene meno, beninteso, l'efficacia di tipo legittimante esplicita dall'art. 43 Cost. rispetto all'istituzione d'una riserva originaria. Quell'efficacia può tuttora dispiegarsi, ove ricorrano determinati presupposti (servizi pubblici essenziali, fonti di energia, situazioni di monopolio) e a precise condizioni (finalità di pubblico interesse, rispetto della riserva di legge, corresponsione dell'indennizzo). Tuttavia, in conseguenza della produzione di norme sui servizi pubblici volte ad aprire i mercati, l'attitudine della legge a fungere da fatto di legittimazione rispetto all'introduzione d'una riserva originaria è subordinata alla sua coerenza con l'ordinamento giuridico dell'Unione. Con l'ulteriore conseguenza che, per i servizi pubblici e per le reti di ambito nazionale, l'area della riserva (quella dell'art. 43) si è ridotta a favore dell'area dell'economia regolata in concorrenza<sup>39</sup>.

Ciò non implica, peraltro, che l'adeguamento al principio della concorrenza sia stato pronto e completo. Ne costituisce una rilevante dimostrazione la norma che configura come incredibili le reti destinate all'erogazione dei servizi pubblici locali. Per essi, non si è neppure sviluppata una regolazione comparabile con quella che, sia pure con alterne vicende, è emersa a livello nazionale. Anche a tale livello, l'applicazione della fondamentale legge *antitrust*, n. 223/1990, incontra ostacoli tutt'altro che lievi. L'idoneità del-

<sup>37</sup> Per una messa a punto di queste nozioni, S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969.

<sup>38</sup> U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964.

<sup>39</sup> G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. quadr. serv. pubbl.*, 1999, 15.

## giacinto della cananea

l'offerta pubblica di servizi offerti dagli enti pubblici a integrarsi con un'offerta privata di questi stessi servizi è difficile. Nella misura in cui vi è una pluralità di offerte di servizi, oltre a una variegata tipologia di fruitori, occorrono regole appropriate, ma la definizione degli standard postula l'esistenza di uffici pubblici ben attrezzati, che esistono solo in alcuni ambiti.

### *2.5. L'ordinamento italiano: una cornice giuridica inadeguata per gli investimenti*

Un ulteriore elemento di criticità, che concerne specificamente il nostro Paese, deriva dalla riforma costituzionale del 2001, che ha invertito il criterio di ripartizione delle competenze legislative utilizzato dalla Costituzione del 1948. Ha attribuito allo Stato competenza legislativa esclusiva in ordine ad alcune materie. Ne ha sottoposto altre alla competenza concorrente dello Stato e delle regioni, affidando a queste ultime la potestà di dettare norme primarie e secondarie. A tacer d'altro, il nuovo riparto include le «grandi reti di trasporto e navigazione» e l'«ordinamento delle comunicazioni» tra le materie sottoposte alla legislazione concorrente (art. 117 Cost.).

Ne è conseguita una situazione di incertezza normativa alla quale ha solo parzialmente posto rimedio l'opera di chiarificazione svolta dalla Corte Costituzionale. Grazie ad essa, la legittimità costituzionale d'un intervento legislativo statale non è da escludere a priori. È subordinata al riconoscimento d'un impegno per la tutela della concorrenza<sup>40</sup>. Potrebbe essere ragionevolmente rinvenuto altresì nella necessità di determinare livelli essenziali delle prestazioni riferite ai diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.).

Nel frattempo, le incertezze relative all'ordine delle competenze, la diffusione d'una concezione dell'autonomia poco o punto consapevole degli interessi generali (emblematica l'opposizione di talune comunità all'installazione di elettrodotti), la mutevolezza delle decisioni assunte dagli enti locali hanno ostacolato la realizzazione di opere finanziate dai bilanci pubblici. Hanno influito negativamente sulla componente privata degli investimenti (si pensi alla vicenda degli impianti per la trasformazione del gas): l'incertezza del diritto, la lunghezza delle procedure decisionali, il loro sfociare in ulteriori sequenze giudiziali ne costituiscono altrettante, determinanti cause.

Questo elemento di debolezza si aggiunge a quello relativo all'intervento diretto dei pubblici poteri. Purtroppo, con poche eccezioni, il cantiere delle grandi opere è rimasto pressoché vuoto nell'ultimo decennio.

<sup>40</sup> C. cost., sentenze n. 14/2004 e n. 80/2006.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

Ciò ha senz'altro contribuito al ristagno dell'economia<sup>41</sup>, negli anni Novanta e ancor di più dopo il Duemila. Nelle infrastrutture tradizionali, come le ferrovie, l'Italia presenta una dotazione modesta in termini assoluti e relativi. Ne discendono effetti negativi rilevanti, soprattutto in alcune parti del Paese, nelle quali è difficile perfino la manutenzione delle infrastrutture esistenti (scuole, acquedotti, ferrovie locali). Nelle infrastrutture tecnologicamente più avanzate, come le reti di nuova generazione per le comunicazioni elettroniche, il ritardo è non meno grave, anzi va aggravandosi per via dei progressi registrati in altri Paesi appartenenti all'Unione, come la Finlandia e la Germania. Restano frustrate non solo le aspettative degli investitori, ma anche quelle dei cittadini a un miglioramento dei servizi, di cui è condizione indispensabile la realizzazione di opere volte alla manutenzione delle infrastrutture esistenti e alla costruzione di nuove infrastrutture (ferrovie ad alta velocità, reti a banda ultralarga per le comunicazioni elettroniche)<sup>42</sup>.

### 3. Il finanziamento in deficit delle infrastrutture

#### 3.1. Il favor per gli investimenti pubblici nei trattati fondativi

Facendo un primo bilancio della prima parte dell'analisi, dalle norme europee e nazionali è possibile trarre una conferma del duplice ruolo dei pubblici poteri: essi sono sia artefici e garanti delle regole del giuoco, sia fornitori di servizi e proprietari delle relative infrastrutture. Resta da vedere, adesso, se ed eventualmente a quali condizioni ed entro quali limiti, le risorse a tal fine impiegate dai pubblici poteri possano derivare, oltre che dalle entrate correnti, dall'indebitamento.

Ciò richiede di procedere a un'attenta verifica delle norme che disciplinano l'Unione economica e monetaria. Non è questa la sede per richiamare, neppure per sommi capi, la genesi di tali norme. Converrà ricordare soltanto che l'accumulo da parte del settore pubblico di passività cospicue era, all'inizio dell'ultimo decennio del secolo scorso, tale da disallineare il

<sup>41</sup> P. Ciocca, *Il tempo dell'economia. Strutture, fatti, interpreti del Novecento*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004, 54.

<sup>42</sup> Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia : dotazione, programmazione, realizzazione* (Roma, 2011). Secondo le stime della Banca, l'Italia ha una spesa programmata per il 2012 dell'1,6% del prodotto interno lordo, in contrazione rispetto al 2009 (era al 2,5%) e notevolmente inferiore alla media europea (2,2%). Inoltre, i progetti finanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale vengono eseguiti in tempi quasi doppi e con spese più alte (più di un terzo, in media, rispetto ai preventivi).

nostro Paese rispetto ai principali partner europei<sup>43</sup>. Solo l'avvedutezza dei redattori del Trattato di Maastricht (e, tra essi, di Guido Carli) ha permesso d'integrare i parametri di ordine quantitativo con quelli di ordine qualitativo<sup>44</sup>, creando le premesse indispensabili affinché l'Italia potesse aderire fin dall'inizio alla terza fase dell'Unione economica e monetaria, cogliendo nel contempo l'occasione per avviare riforme necessarie (purtroppo incomplete).

Il principio di fondo, al quale l'intera cornice normativa delle finanze pubbliche è teso è quello della stabilità della finanza pubblica. Esso richiede che i governanti nazionali si astengano dal tenere condotte imprudenti (*moral hazard*)<sup>45</sup>. La *ratio* è che, in regime di piena mobilità dei capitali, quei rischi possono propagarsi all'intera Unione europea, mettendo a repentaglio la saldezza della struttura finanziaria tutta. Coerentemente con la *ratio* appena evidenziata, il Trattato non si limita ad addossare ai governi nazionali la responsabilità per i conti dei rispettivi settori pubblici (come definiti dal sistema europeo dei conti economici integrati), bensì stabilisce una norma di tipo condizionale. In base all'art. 126, par. 3, TFUE:

«3. Se uno Stato membro non rispetta i requisiti previsti da uno o entrambi i criteri menzionati, la Commissione prepara una relazione. La relazione della Commissione tiene conto anche dell'eventuale differenza tra il disavanzo pubblico e la spesa pubblica per gli investimenti e tiene conto di tutti gli altri fattori significativi, compresa la posizione economica e di bilancio a medio termine dello Stato membro. La Commissione può inoltre preparare una relazione se ritiene che in un determinato Stato membro, malgrado i criteri siano rispettati, sussista il rischio di un disavanzo eccessivo».

L'ultima parte della disposizione costituisce un'ulteriore riprova – se

<sup>43</sup> Il debito pubblico italiano è vertiginosamente asceso dal 58 per cento del prodotto interno lordo nel 1980 al picco del 124 per cento toccato nel 1994. Dopo una rilevante riduzione, tra il 1994 e il 2001 (su cui L. Spaventa, V. Chiorazzo, *Astuzia o virtù? Come accadde che l'Italia fu ammessa all'Unione economica e monetaria*, Roma, Donzelli, 2000), è tornato a crescere, fino ad attestarsi al 120 per cento dopo l'inizio della crisi economica e finanziaria. Come ha osservato Carlo Azeglio Ciampi, «la crisi ha certo sconvolto le politiche di bilancio pubblico, ma noi purtroppo avevamo già cominciato a ridurre quel margine virtuoso»: C.A. Ciampi, *Non è il Paese che sognavo. Taccuino laico per i 150 anni dell'Unità d'Italia*, Milano, Il Saggiatore, 2010, 109.

<sup>44</sup> In senso conforme, nella letteratura economica, W. Buitler, G. Corsini, N. Roubini, *Excessive deficits: sense and nonsense in the Treaty of Maastricht*, *Economic Policy*, 1993, 60.

<sup>45</sup> J. von Hagen, I. Harden, *National Budget Processes and Fiscal Performance*, in *European Economy Reports and Studies*, 1994, 311, 339.

ve ne fosse bisogno – dell’infondatezza dell’opinione che il Trattato abbia configurato un regime di regole applicabili in modo automatico. Un disavanzo eccessivo può non sussistere, malgrado i criteri sanciti dal Trattato non siano stati rispettati<sup>46</sup>. All’opposto, malgrado quei criteri siano rispettati, può esservi il rischio di un disavanzo, con la conseguente necessità di un intervento dell’Unione.

Ancor più importante, per il nostro tema, è la parte intermedia della disposizione. Essa assume una precisa importanza sul piano delle regole del giuoco e della loro applicazione. È inclusa tra le regole del giuoco la “regola aurea”, in virtù della quale, se l’indebitamento delle pubbliche amministrazioni è in parte la conseguenza dell’effettuazione di investimenti, la Commissione deve tenerne conto, in sede di elaborazione della relazione sullo stato dei conti pubblici in un determinato Paese. Militano in tal senso due importanti indizi. In primo luogo, la disposizione costituzionale non configura una semplice facoltà, bensì un potere il cui esercizio è doveroso, ossia una potestà. In secondo luogo, l’eventuale differenza tra il disavanzo pubblico e la spesa per investimenti è il primo dei “fattori significativi”, ai quali occorre fare riferimento, in aggiunta ai criteri qualitativi e quantitativi sanciti dall’art. 126, c. 2, per accertare se vi sia un disavanzo eccessivo<sup>47</sup>. Considerati nel loro complesso, i due elementi configurano l’attività della Commissione come una valutazione di tipo tecnico, più che come un’attività discrezionale in senso stretto, di tipo politico.

Le considerazioni finora esposte inducono a ritenere che l’art. 126, c. 3, TFUE stabilisca una norma di tipo promozionale. La *golden rule* europea non è, cioè, una norma di tipo direttivo, che richieda agli Stati di effettuare spese per investimenti. Piuttosto, coerentemente con un’opinione consolidata nella scienza delle finanze già all’epoca dello Stato liberale<sup>48</sup>, la norma

<sup>46</sup> In senso conforme, A. Brancasi, *L’ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005, 106.

<sup>47</sup> O.J. Blanchard, F. Giavazzi, *Improving the SGP Through a Proper Accounting of Public Investment*, CEPR Discussion Paper No. 4220.

<sup>48</sup> G. Ricca Salerno, *Scienza delle finanze* (Firenze, Barbera, 1890, II ed.), 99 [secondo cui le spese straordinarie, in particolare quelle per «l’esecuzione dei lavori proficui (costruzione di ferrovie, scavo di canali e simili)» consistono in «un vero e proprio investimento produttivo nella ricchezza»] e 102 (dette spese possono, quindi, «essere soddisfatte con entrate straordinarie, quali i prestiti pubblici, senza che l’equilibrio finanziario venga menomamente turbato»). Nella moderna letteratura economica, una posizione analoga è enunciata da R.A. Musgrave, P.A. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice* (New York, International Student Edition, 1989, V ed.), 553. Ai fini che qui interessano, non occorre prendere posizione circa la critica mossa già in precedenza da Robert Musgrave ad Adam Smith per la mancata

discrimina tra le spese per investimenti e quelle di tipo corrente, ricollegando soltanto alle prime un effetto di tipo vantaggioso per gli Stati. Di esse, quindi, non si tiene conto ai fini della misurazione dell'indebitamento. In questo senso, può anche dirsi che la norma riconosca a ciascuno Stato un potere dispositivo, col quale esso provvede da sé a regolare i propri interessi, stabilendo una determinata soglia agli investimenti finanziati tramite l'indebitamento.

Non può dirsi, insomma, che dal Trattato di Maastricht sia derivato un vincolo sulla spesa per investimenti (altra questione è se, nel complesso, esso sia espressione d'una dottrina anti-keynesiana)<sup>49</sup>. Quanto meno potenzialmente, il significato complessivo della disposizione in esame è esattamente l'opposto, cioè di norma di tipo promozionale. Affinché ciò che è in potenza si traduca in atto, è indispensabile l'azione attuata dalle istituzioni europee e nazionali. Anche ammettendo che la Commissione, come sostengono alcuni osservatori, non abbia attribuito il giusto rilievo alla possibilità di finanziare gli investimenti in *deficit*, il modo in cui la Commissione ha esercitato il ruolo che il Trattato le attribuisce non altera la valutazione giuridica (di rilevanza, di legittimazione o, all'opposto, di divieto) che la disposizione annette alle scelte compiute dai *policy-makers* nazionali. Essi possono riconnettersi aspettative meritevoli di essere tutelate in sede giuridica, anche al di fuori di ogni presa di posizione da parte della Commissione. Ciò vale, *a fortiori*, nell'ipotesi in cui in futuro le regole e le prassi d'uno Stato siano sottoposte a controllo giudiziale, da parte della Corte di giustizia (art. 8 del Trattato di Bruxelles del 2 marzo 2012).

Resta da aggiungere che le norme costituzionali cui si è fatto finora riferimento non sono mutate nei venti anni trascorsi dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht. Un tentativo di rettificarle è stato effettuato, nel quadro dell'ambizioso, ma controverso, disegno di dotare l'Unione europea d'una vera e propria costituzione in senso formale, che è fallito a metà del primo decennio del XXI secolo. È risultata determinante l'opposizione che quel disegno ha incontrato nei referendum indetti in Francia e in Olanda, malgrado il sostegno di quasi tutti gli altri Paesi. All'esigenza di perfezionare le regole decisionali, e le correlative garanzie, in un'Unione non più a quindici membri, ma a venticinque, presto destinati ad aumentare ulteriormente,

inclusione delle spese per i servizi, segnatamente per l'istruzione, tra quelle produttive: *The Theory of Public Finance*, New York, McGraw-Hill, 1959, 563.

<sup>49</sup> K. Tuori, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, EUI Working Paper Law 2012/28 (per la tesi che quella dell'Unione sia una costituzione economica coerente con i capisaldi della teoria ordoliberal).



## le infrastrutture per i servizi pubblici

si è fatto fronte con il Trattato di Lisbona (2007)<sup>50</sup>. Esso ha peraltro lasciato inalterate le norme sui disavanzi pubblici eccessivi, anche per via della diversità di vedute tra le istituzioni dell'Unione, emersa già in occasione della contrastata decisione dell'Ecofin sui conti pubblici francesi e tedeschi<sup>51</sup>.

### 3.2. Il favor per gli investimenti pubblici nel Patto di stabilità e crescita

Il riferimento prima effettuato alla potenzialità della disposizione europea assume una notevole importanza in relazione agli indirizzi determinati dal Consiglio europeo e dalle altre istituzioni, in occasione dell'adozione del Patto di stabilità e crescita e delle sue successive revisioni, nonché dell'adozione del recente *Euro Plus Pact*.

Poco dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht si sono diffusi i dubbi – mai sopiti – sulla reale efficacia delle politiche di riordino dei conti pubblici intraprese da alcuni Paesi membri, tra cui l'Italia. Quei dubbi sono stati alimentati dall'alto livello del debito e dei costi per il suo servizio, dal riconoscimento di maggiori gradi di discrezionalità ai poteri locali: una vera e propria “crisi fiscale”, anche perché la sostenibilità dei sistemi pensionistici è stata messa in forse da riforme a efficacia differita. Si è fatta strada, quindi, l'opinione che occorresse rafforzare, a un tempo, l'ancoraggio delle politiche finanziarie pubbliche al fondamentale obiettivo della stabilità e il loro coordinamento. Il Consiglio europeo ha agito in tal senso, adottando il Patto di stabilità e crescita, nel 1997. Due regolamenti del Consiglio hanno disposto norme per l'applicazione del protocollo allegato al Trattato, coerentemente con esso (art. 126, ult. c., TFUE). Con il primo (n. 1466/97), è stato determinato un obiettivo più ambizioso rispetto alla riduzione dei disavanzi, ossia il bilancio in pareggio o in attivo, salvo che insorgano condizioni straordinarie, cioè una «recessione grave», indotta da crisi finanziarie o da eventi naturali. Con il secondo regolamento (n. 1467/97), la sorveglianza multilaterale è stata anticipata con il cosiddetto *early warning*, nel senso che gli Stati sono tenuti a sottoporre i propri programmi di stabilità ad un monitoraggio costante, e rafforzata quanto alle misure di tipo ordinatorio e sanzionatorio. Si tratta, sotto entrambi gli aspetti, di innovazioni, sulla cui coerenza con le norme di grado superiore, quelle del Trattato, vi è una varietà di opinioni, nelle sedi istituzionali e in quelle scientifiche<sup>52</sup>. Non a caso, il

<sup>50</sup> Per una visione d'insieme, *L'Unione europea nel XXI secolo*, a cura di S. Micossi, G. Tosato, Bologna, Il Mulino, 2008.

<sup>51</sup> Corte di giustizia, causa C-27/04, *Commissione c. Consiglio*; R. Perez, *Corte di giustizia e regole fiscali dell'Unione*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1073.

regolamento del 1997 è stato modificato una prima volta nel 2005, per consentire a ciascuno Stato di fissare i propri obiettivi, e una seconda volta nel 2011, in senso – invece – restrittivo.

Ai fini che qui interessano, peraltro, sono sufficienti due semplici constatazioni, più che osservazioni. Nulla è stato innovato, né d'altro canto poteva esserlo, rispetto a quanto previsto dall'art. 104 C, par. 3, TUE (corrispondente all'art. 126, par. 3, TFUE) per tenere distinte le spese per gli investimenti dalle altre, ai fini del calcolo dell'indebitamento rilevante per l'Unione. Anzi, nel promuovere la prima revisione del Patto di stabilità e crescita, la Commissione ha fatto riferimento in modo espresso agli investimenti e la proposta è stata accolta dal Consiglio. Si è consolidato il *favor* per gli investimenti, anche se finanziati in disavanzo, coerentemente con l'ambizione del Patto di promuovere sia la stabilità finanziaria, sia la crescita<sup>53</sup>. Agisce nella medesima direzione la più recente revisione del Patto. Il Regolamento n. 1175/2011, nel ribadire l'orientamento delle politiche di bilancio al pareggio o all'attivo, ribadisce la necessità che gli Stati forniscano informazioni relative alle «principali variabili economiche rilevanti per il raggiungimento del programma di stabilità», prime tra tutte le «spese per investimenti pubblici»<sup>54</sup>. Ciò serve, come viene precisato nella motivazione, a consentire agli Stati membri di «disporre di un margine di sicurezza rispetto al valore di riferimento, (...) lasciando al tempo stesso margini di manovra in bilancio, in particolare tenendo conto della necessità di investimenti pubblici»<sup>55</sup>.

Quanto appena osservato torna utile per due scopi: per ribadire la continuità dell'indirizzo politico determinato in sede europea, per quanto con-

<sup>52</sup> Per la tesi che, nell'adottare il Patto, le istituzioni dell'Unione abbiano utilizzato il margine di discrezionalità che le norme del Trattato attribuivano loro, G. della Cananea, *Il Patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Riv. dir. finanziario e scienza fin.*, 2001, 559. Per la tesi opposta, secondo cui il regolamento n. 1466/97 è illegittimo o illecito, G. Guarino, *Euro: venti anni di depressione (1992-2012)*, in *Nomos*, 2012, n. 2.

<sup>53</sup> Il regolamento n. 1055/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, che ha modificato il regolamento n. 1466/97, all'art. 2-bis, ha disposto che «ciascuno Stato membro ha un obiettivo a medio termine differenziato per la sua posizione di bilancio. Questi obiettivi di bilancio a medio termine specifici per paese possono divergere dal requisito di un saldo prossimo al pareggio o in attivo. Essi offrono un margine di sicurezza rispetto al rapporto tra disavanzo pubblico e PIL del 3 %; assicurano rapidi progressi verso la sostenibilità e, di conseguenza, consentono margini di manovra nel bilancio, segnatamente per gli *investimenti pubblici*» (enfasi aggiunta). Per una visione d'insieme, M. Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1777; K. Tuori, *The European Financial Crisis*, cit., 21.

<sup>54</sup> Nuovo testo dell'art. 3, lett. b), del regolamento n. 1466/97.

<sup>55</sup> Si tratta del diciassettesimo “considerando” premesso al testo del regolamento.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

cerne il *favor* per gli investimenti pubblici; per escludere, di conseguenza, che la riduzione delle spese destinate agli investimenti registrata in Italia costituisca la conseguenza delle norme dell'Unione europea, degli indirizzi impartiti dalle sue istituzioni. Questa conclusione è confortata, d'altronde, dagli studi empirici. Essi hanno constatato che la riduzione delle spese per investimenti registrata in Italia non ha riscontri in tutti gli altri partner europei. Dunque, la potenzialità insita nella disposizione è stata variamente compresa e sfruttata. Le cause del ristagno degli investimenti sono, dunque, soprattutto nazionali. Esse vanno addossate ai politici e agli imprenditori. Solo nell'ultimo decennio nel secolo scorso, i politici hanno preso misure idonee a porre sotto controllo i conti pubblici, ma senza ridurre e riqualificare una spesa pubblica ormai elevata come quella dei partner europei meglio amministrati, ma di gran lunga meno efficiente, oltre che contraddistinta da vistose iniquità. Hanno agito, quindi, quasi esclusivamente dal lato delle imposte. Quanto agli imprenditori, solo alcuni hanno acquisito consapevolezza della limitata utilità di molti ausili finanziari pubblici, hanno reinvestito i profitti, hanno ricercato l'innovazione.

Agisce in questa direzione il recente *Euro-Plus Pact*. Stipulato all'inizio del 2011 solo da alcuni Stati membri dell'UE, secondo una tendenza che si è consolidata in seguito, esso non comporta alcuna modifica della cornice normativa fin qui descritta. Piuttosto, intende imprimere un ulteriore impulso alle politiche economiche nazionali, segnatamente allo scopo di accrescere la competitività dell'Eurozona, contribuendo nel contempo al rafforzamento della stabilità delle finanze pubbliche. Coerentemente con queste finalità, viene richiesto agli Stati contraenti di prendere una serie di misure volte ad aumentare la produttività. Nel novero di quelle misure, vi sono gli investimenti nel capitale umano e nelle infrastrutture. È rimasto aperto il quesito se mentre le politiche economiche tradizionali si mostravano sempre meno efficaci rispetto all'affermarsi di un mercato mondiale della finanze, il coordinamento sovranazionale non fosse cresciuto di pari passo, non avesse corrisposto alle aspettative di quanti vedevano determinarsi una carenza di governo dell'economia europea. A quelle aspettative si è fatto fronte con la riforma degli atti normativi volti ad attuare i trattati e con un nuovo trattato, sul quale – però – non vi è stato il consenso di tutti i partner.

### 3.3. Dai trattati fondativi al Fiscal compact

Il nuovo Trattato è stato firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012, per assicurare «la stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica

e monetaria»<sup>56</sup>. È contraddistinto da un tratto d'indubbio rilievo sotto il profilo della plurisoggettività: non è stato sottoscritto da tutti gli Stati membri dell'Unione. Questa circostanza, oltre ad aprire una serie di questioni complesse, presenta una precisa importanza – come si vedrà tra breve – in sede d'interpretazione del Trattato. Nella misura in cui le parti contraenti non sono tutti gli enti fondatori dell'Unione, il nuovo Trattato non è idoneo, infatti, a modificare quelli esistenti, quali sono stati riformulati dal Trattato di Lisbona.

Prima ancora di considerare l'attitudine innovativa delle nuove norme, è bene passarle rapidamente in rassegna. Esse confermano l'orientamento espresso nell'ultima revisione del Patto di stabilità e di crescita, ossia verso un bilancio in pareggio o in attivo, con un massimo disavanzo strutturale pari allo 0,5 per cento del prodotto interno lordo<sup>57</sup>. Consentono deviazioni temporanee solo in caso di circostanze eccezionali (come i periodi di grave recessione economica) e a condizione che non sia compromessa la sostenibilità del bilancio a medio termine. Richiedono alle parti contraenti di confermare la propria adesione a tale obiettivo mediante apposite norme poste all'apice dei rispettivi sistemi delle fonti del diritto. Dispongono un'automatica riduzione del debito pubblico, per la componente che eccede il parametro quantitativo espresso dal rapporto tra il debito e il prodotto interno lordo (la riduzione del debito, per la parte superiore al valore di riferimento del 60 per cento, è commisurata a un ventesimo all'anno)<sup>58</sup>. Viceversa, non cercano di promuovere positivi mutamenti nelle prospettive di crescita, o quanto meno di facilitarli, malgrado le aspettative che da più parti si appuntano sull'Unione, più che sui singoli Stati membri. Si limitano ad agire in chiave di legittimazione rispetto agli interventi di sostegno a favore degli

<sup>56</sup> Per una visione d'insieme, P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, in *European Law Review*, 2012, n. 3, 231.

<sup>57</sup> In base all'art. 3, par. 1, lett. b): «La regola di cui alla lettera a) si considera rispettata se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato. Le parti contraenti assicurano la rapida convergenza verso il loro rispettivo obiettivo di medio termine. Il quadro temporale per tale convergenza sarà proposto dalla Commissione europea tenendo conto dei rischi specifici del paese sul piano della sostenibilità. I progressi verso l'obiettivo di medio termine e il rispetto di tale obiettivo sono valutati globalmente, facendo riferimento al saldo strutturale e analizzando la spesa al netto delle misure discrezionali in materia di entrate, in linea con il patto di stabilità e crescita rivisto».

<sup>58</sup> Ma il raggiungimento di questo obiettivo è tutt'altro che agevole: R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il fiscal compact*, *Giorn. dir. amm.*, 2012, 469.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

Stati che manifestino gravi scompensi nei conti pubblici. L'accesso a quegli interventi è infatti subordinato alla sottoscrizione e alla ratifica del Trattato<sup>59</sup>. Infine, ai soli Paesi membri che adottano l'euro è richiesto di porre in essere azioni al fine di contribuire al "buon funzionamento dell'unione economica e monetaria", garantendo una crescita "tramite convergenze avanzate e spirito competitivo" (art. 9, Trattato di Bruxelles).

Una volta esposte le norme dei Trattati sui quali l'Unione europea si fonda e le norme del Trattato di Bruxelles, bisogna interpretarle congiuntamente, al fine di sottoporre a verifica la conclusione prima raggiunta, ossia che la disciplina dei disavanzi eccessivi contiene una norma di tipo promozionale, talché la Commissione deve tener conto della quota del disavanzo d'uno Stato che è, per dir così, "giustificata" dalla destinazione agli investimenti. La verifica può essere svolta sotto tre profili.

Innanzitutto, sotto un profilo formale, il Trattato di Bruxelles non solo non emenda i due Trattati previgenti (TUE e TFUE), ma non ha neppure attitudine a farlo. A impedirlo non è solo la circostanza che non sono state seguite le procedure previste per la revisione dei trattati. È, prima ancora, un dato di fatto che sarebbe limitativo considerare pre-giuridico: l'assenza di un accordo tra tutti gli Stati che fanno parte dell'Unione europea. Non si è raggiunto, per usare una collaudata metafora, il consenso di tutti i membri del *club*. Ciò non impedisce che quanti lo vogliano si diano regole ulteriori, eventualmente più perfezionate. Ma esse non possono sostituire le regole approvate da tutti, né derogarvi.

Questa distinzione, tra regole approvate da tutti e regole approvate solo da alcuni, è idonea a impostare nel modo più soddisfacente alcune questioni. Essa rende piena ragione, sul piano esistenziale e su quello deontologico, della scelta compiuta dai redattori del nuovo Trattato, il cui art. 2, par. 1, stabilisce che esso va interpretato e applicato «conformemente ai trattati su cui si fonda l'Unione Europea, in particolare all'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea, e al diritto dell'Unione Europea, compreso il diritto procedurale ogniquale sia richiesta l'adozione di atti di diritto derivato»<sup>60</sup>.

Questa disposizione, innanzitutto, non è una norma sulla normazione, bensì una norma sulla interpretazione delle nuove disposizioni. Essa comporta che tali disposizioni debbano essere interpretate coerentemente con il

<sup>59</sup> Lo stabilisce l'ultimo "considerando" del preambolo del Trattato: A. Azi, *La solidarité financière dans la zone euro, Droit Administratif*, 2013, n. 8-9, 11.

<sup>60</sup> P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, cit., 233 (il quale segnala l'ambiguità della norma, in relazione alla possibilità che siano emanati atti dell'Unione europea).

diritto vigente, onde evitare incoerenze e anomalie<sup>61</sup>. Opportunamente, inoltre, la norma fa riferimento non soltanto ai trattati, bensì al “diritto” dell’Unione, considerato nel suo complesso, inclusi i principi generali del diritto comunitario. Nel novero di tali principi, non vi sono soltanto quelli di ordine sostanziale, ma anche quelli di ordine procedurale. Ciò risulta evidente dal riferimento al «diritto procedurale»<sup>62</sup>. Il vincolo discendente dal diritto vigente si manifesta appieno in rapporto all’applicazione del nuovo Trattato. In base all’art. 2, par. 2, l’applicazione deve risultare compatibile con i trattati e con il diritto dell’Unione. La medesima disposizione precisa che nulla, nel nuovo Trattato, pregiudica le competenze dell’Unione, delle sue istituzioni, in materia di unione economica. Il rigore di quella precisazione non è attenuato dal fatto che il quadro nel quale vanno iscritte le azioni previste dal Trattato è quello intergovernativo. Da un lato, è iscritto nell’atto genetico dell’Unione economica e monetaria, il Trattato di Maastricht, che non tutti i membri del club debbano partecipare a tutte le azioni reputate opportune, o necessarie, dai più. Dall’altro lato, è prevista l’incorporazione delle nuove regole nei trattati entro un quinquennio.

In terzo luogo, se dalle disposizioni relative all’interpretazione o comunque idonee a influire su di essa si passa alle disposizioni che determinano i fini delle azioni comuni e i mezzi per conseguirli, ci si accorge che esse si inseriscono nella cornice giuridica esistente. L’obiettivo di fondo è quello di «mantenere finanze pubbliche sane e sostenibili e di evitare disavanzi pubblici eccessivi». Per conseguirlo, non viene alterato il riparto delle competenze tra l’Unione e gli Stati. Piuttosto, gli Stati che hanno stipulato il nuovo Trattato convengono di darsi regole più acconce, di adeguare i rispettivi ordinamenti giuridici, in particolare introducendo una “regola del pareggio di bilancio” e un meccanismo automatico per l’adozione di misure correttive, ossia non subordinato all’approvazione, volta per volta, di tali misure.

Quanto finora osservato, da un lato, suggerisce una conclusione relativamente all’ordine giuridico europeo; dall’altro lato, apre numerose e complesse questioni relative ai rapporti che si instaurano tra quest’ultimo e gli ordinamenti nazionali. Per il primo aspetto, al pari dei Trattati fondativi, il nuovo Trattato è ordinato alla finalità della stabilità dei conti pubblici, da conseguire nel medio periodo. Esso non comporta alcuna modifica delle re-

<sup>61</sup> Sui termini generali in cui l’obbligo di coerenza si prospetta, B. Conforti, *Consistency Among Treaty Obligations*, in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, 187.

<sup>62</sup> L’art. 11 ribadisce l’obbligo di rispettare il diritto dell’Unione in relazione alla partecipazione delle sue istituzioni al coordinamento delle politiche nazionali.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

gole concernenti i disavanzi pubblici eccessivi. Non altera i criteri ai quali le istituzioni dell'Unione devono attenersi. Soprattutto, non inficia la norma d'apice che esprime il *favor* per gli investimenti pubblici. Non vi è, quindi, alcun appiglio per la tesi che il *Fiscal compact* comporti limiti alla spesa pubblica, segnatamente a quella volta a sostenere gli investimenti infrastrutturali pubblici. Ciò non toglie, beninteso, che sul piano della politica del diritto si possa invocare una revisione del Trattato, per chiarire meglio che non vi è alcun impedimento agli investimenti. Ma si tratta, appunto, d'una opzione politica, che non muove da una corretta interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni vigenti. Ed è alla scienza politica, quindi, che può chiedersi di spiegare perché le maggioranze che si sono succedute al governo del Paese abbiano preferito ridurre le spese per investimenti, anziché le spese correnti, e nel contempo abbiano inasprito la pressione tributaria.

### 3.4. Lo Stato finanziatore: bilancio in pareggio, risorse aggiuntive e interventi speciali

Un'interpretazione, oltre che letterale, sistematica è necessaria anche per impostare correttamente l'esame di due ulteriori questioni: si tratta del significato da attribuire alla regola del bilancio in pareggio e delle implicazioni che ne discendono ai fini del ruolo spettante allo Stato rispetto agli altri enti territoriali (artt. 81 e 119 Cost.).

Quanto al primo aspetto, nella letteratura economica sul pareggio di bilancio tutte le tesi sono state sostenute e contraddette. Nell'Ottocento, tra gli studiosi di scienza delle finanze riscosse adesioni la tesi che il bilancio dovesse essere in pareggio. Quella tesi venne più volte ribadita da Luigi Einaudi nei dibattiti svoltisi nell'Assemblea Costituente<sup>63</sup>; è stata ripresa, con varietà di spunti, da uno dei principali filoni della *public choice*, che si ricollega all'opera di James Buchanan<sup>64</sup>. In senso contrario, si è osservato che un precetto costituzionale si radica su una situazione di fatto che è mutevole, imprevedibile, per cui rischia d'irrigidire oltremodo le politiche finanziarie, di non lasciare margini per interventi straordinari che possono risultare necessari e urgenti<sup>65</sup>. Sul piano più propriamente giuridico, la tesi che l'ultimo

<sup>63</sup> Per una ricognizione dei termini della questione, G. della Cananea, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996. Per la tesi che la Costituzione non ammetta vincoli quantitativi, P. De Ioanna, *Parlamento e spesa pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1993.

<sup>64</sup> J.M. Buchanan, *Public Finance in Democratic Process* (1967), Indianapolis, Liberty Fund, 1999.

<sup>65</sup> A. Pedone, *Regole costituzionali in materia di finanza pubblica*, in *Pol. Econ.*, 1985, 111

comma dell'art. 81 comportasse l'obbligo del pareggio di bilancio ha avuto poche adesioni nella scienza giuridica, non è stata accolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>66</sup>.

Alla stregua di quanto premesso, il nuovo Trattato ha una componente innovativa. Ma essa non altera il quadro d'insieme prima prospettato. Per assicurare la stabilità della finanza, viene stabilita «l'introduzione di regole specifiche, tra cui una "regola del pareggio di bilancio"», che va recepita dagli Stati contraenti con disposizioni vincolanti e permanenti «preferibilmente costituzionali».

Per il primo aspetto, «la posizione di bilancio della pubblica amministrazione di una parte contraente deve essere in pareggio o in avanzo», con l'ulteriore precisazione che il limite inferiore è dello 0,5 per cento all'anno. Ma, non appena si scava un poco più a fondo, ci si rende conto che il nuovo Trattato prevede espressamente che l'obiettivo sia raggiunto nel medio termine e soprattutto fa riferimento all'obiettivo specifico determinato in base al nuovo testo del Patto di stabilità e crescita<sup>67</sup>. Dunque, la norma di grado superiore non si limita a porre un precetto, ossia la regola del pareggio di bilancio. Essa precisa altresì che, mentre quel precetto ha una valenza generale e astratta, per ogni Paese vale il precetto individuale e concreto stabilito dalle istituzioni dell'Unione in base a regole subordinate alle norme di grado superiore, che sono poste dai trattati. A maggior ragione, quindi, anche se la regola del pareggio di bilancio ha valore innovativo, essa non è idonea ad alterare le norme di grado superiore: né quelle procedurali, né soprattutto quella sostanziale, in base alla quale la Commissione deve tener conto della quota di disavanzo "giustificato" dagli investimenti.

Quanto al secondo aspetto, ciò che il Trattato richiede alle parti contraenti non è la revisione costituzionale. Questa è, d'altronde, configurata come eventuale, preferibile, ma non necessaria. Ciò che il Trattato richiede, piuttosto, è di adeguare l'ordinamento giuridico di ogni Stato al fine di assicurare l'effettività della regola del bilancio in pareggio e del conseguente obbligo di correggere eventuali squilibri. Questo risultato può essere ottenuto

(secondo cui possono «far sorgere problemi rilevanti quando, ad esempio, una recessione improvvisa spinga il bilancio in disavanzo; in tal caso non avrebbe senso un tentativo di eliminare il disavanzo aumentando le imposte o riducendo le spese. È quindi opportuno ripetere che il saldo di bilancio non può essere controllato dal Governo e dal Parlamento, in quanto esso dipende in misura rilevante dall'andamento dell'economia»).

<sup>66</sup> Lo dispone l'art. 3, rispettivamente, al par. 1, lett. b), e al par. 2.

<sup>67</sup> In senso conforme, P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, cit., 235.



## le infrastrutture per i servizi pubblici

in più di un modo, per quanto attiene alle fonti (alcuni ordinamenti hanno fonti intermedie tra la norma costituzionale e la legge ordinaria, come le leggi organiche francesi) e soprattutto ai meccanismi di controllo. Dunque, non può dirsi né che il nuovo Trattato modifichi le costituzioni nazionali (né, del resto, ha attitudine a farlo), né che esso sancisca l'obbligo di modificarle. In altre parole, l'Italia ha introdotto la regola del pareggio di bilancio nella propria Costituzione sebbene non fosse necessario. La circostanza che un argomento siffatto sia stato utilizzato, non è che una ulteriore riprova dell'uso strumentale che nell'arena politica viene fatto delle norme e degli atti d'indirizzo dell'Unione. Tale circostanza può forse assumere rilievo in sede di analisi del linguaggio politico, ma non ne ha in sede giuridica.

Il quadro fin qui descritto può essere utilmente completato segnalando un'implicazione, particolarmente importante per l'assetto istituzionale italiano, della conclusione raggiunta sul primo punto, cioè che per effetto del *Fiscal compact* non viene meno in alcun modo il *favor* per le spese di investimento. Vale anche per le leggi di bilancio l'obbligo generale di coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea ribadito dall'art. 117, primo comma, Cost. D'altronde, il nuovo testo dell'art. 81 – come modificato dalla l. cost. n. 1/2012 – non esclude il ricorso all'indebitamento. All'opposto, lo legittima per la prima volta in modo espresso, pur specificando che esso è ammesso solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e previa autorizzazione parlamentare a maggioranza assoluta. Si tratta, quindi, d'una norma di tipo permissivo condizionato, non d'una norma di divieto. Ed essa non esplica immediatamente i propri effetti. Ancora una volta, la norma di grado superiore (il terzo comma dell'art. 81) effettua un rinvio a un'altra fonte, cioè alla legge ordinaria, sia pure da approvare a maggioranza assoluta dalle due Camere, la determinazione dei «criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni». Vi ha provveduto la l. 24 dicembre 2012, n. 243, recependo gli standard europei sul disavanzo e sul debito, precisando che l'«obiettivo di medio termine» (il valore del saldo strutturale) è individuato sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento dell'Unione europea (art. 2, c. 1, lett. e)<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Per un raffronto tra le norme delle costituzioni nazionali e quelle dell'Unione, F. Fabbrini, *The Fiscal Compact, the "Golden Rule" and the Paradox of European Federalism*, in corso di pubblicazione.

3.5. *Il favor per gli investimenti degli enti territoriali*

Vi è un'ulteriore conferma, non ultima per importanza, della ricostruzione prospettata. Essa si trae – alla luce del canone ermeneutico *ubi lex voluit, dixit* – dalla circostanza che la l. cost. n. 1/2012 abbia lasciato inalterati gli ultimi due commi dell'art. 119 Cost.

Dalle disposizioni costituzionali appena richiamate discendono tre regole. La prima è una norma di tipo legittimante, nei confronti dell'azione dello Stato, che si esplica mediante “risorse aggiuntive” e “interventi speciali”, per una varietà di fini, che vanno dalla promozione dello sviluppo economico alla tutela dell'effettivo esercizio dei diritti della persona. Basterebbe fare riferimento alla rimozione dei fattori strutturali di divario tra le diverse parti della Repubblica per affermare la persistente legittimità, anzi la doverosità, di spese aggiuntive per investimenti. La seconda regola è anch'essa di tipo permissivo, ma condizionato: essa permette alle regioni e agli enti locali di indebitarsi, a condizione che i proventi siano destinati alle spese per investimenti. Viceversa, la contrazione di prestiti è vietata per le spese correnti<sup>69</sup>. L'ultima regola, che rafforza la precedente, è – invece – di tipo proibitivo. Essa vieta, infatti, l'apposizione della garanzia da parte dello Stato ai debiti contratti dalle regioni e dagli enti locali. S'intende impedire, così, che sia aggirato l'obbligo di prevedere i mezzi necessari per far fronte alle nuove o maggiori spese disposte dalle leggi statali<sup>70</sup>.

La l. n. 243/2012 ha confermato l'assoggettamento dei bilanci delle regioni e degli enti locali alle regole volte ad assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche. Ha stabilito un vincolo di destinazione per gli eventuali saldi positivi maturati dai governi regionali o locali. Essi possono essere destinati soltanto a due impieghi: l'estinzione dei debiti da essi contratti o, nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, il finanziamento delle spese di investimento secondo le modalità previste dalla legge (art. 9, c. 3).

Abbiamo così ottenuto un quadro più ampio delle norme di grado superiore rilevanti ai fini d'una valutazione della legittimità del finanziamento delle infrastrutture mediante i proventi dell'indebitamento. Ed esse, come suole dirsi, fanno “sistema”. Non costituisce un'evenienza casuale, infatti, che le norme dell'Unione europea e quelle nazionali siano contraddistinte,

<sup>69</sup> Divieto ribadito dall'art. 10, l. n. 243/2012.

<sup>70</sup> Per un'analisi più dettagliata, rinvio a G. della Cananea, *Commento all'articolo 119 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, III, 2368.

## le infrastrutture per i servizi pubblici

al di là di non marginali differenze (la norma dell'Unione è di tipo promozionale e si disinteressa delle spese correnti, mentre la norma nazionale, in quanto norma di tipo permissivo condizionato, implicitamente ne vieta il finanziamento tramite indebitamento) da un duplice tratto comune: la distinzione tra le spese destinate a finanziare gli investimenti e le altre spese e il loro assoggettamento a un regime giuridico differenziato.

Le questioni che in tal modo si aprono non sono certamente poche, né di trascurabile importanza, a partire dai criteri e dalle modalità ai quali i pubblici poteri devono attenersi al fine di redigere una acconcia classificazione delle spese pubbliche<sup>71</sup>. Ci si può domandare, inoltre, se la necessità che la regola del pareggio sia rispettata per tutto l'arco del procedimento di bilancio (come richiesto dall'articolo 3, par. 2, del Trattato di Bruxelles) richieda una nuova interpretazione delle norme concernenti la rendicontazione, ossia l'obbligo di trovare le coperture finanziarie per i maggiori oneri accertati in sede di rendiconto<sup>72</sup>. Ci si può domandare, infine, se le conclusioni raggiunte richiedano una revisione dei controlli sull'osservanza del cosiddetto patto di stabilità interno o del divieto, per le regioni e gli enti locali, di stipulare contratti relativi agli strumenti finanziari di tipo derivato<sup>73</sup>. Si tratta di questioni d'indiscutibile importanza, ma che proprio per questa ragione richiedono un'apposita disamina, che esula dai limitati fini di questo scritto, volto a saggiare la consistenza delle congetture esposte all'inizio.

### 4. Conclusioni

L'Italia ha accumulato nel corso degli ultimi decenni un deficit molto serio sulle infrastrutture. Esso non consente alle imprese di competere alla

<sup>71</sup> L'art. 3, c. 18, l. n. 350/2003 (legge finanziaria per il 2004) ha dato attuazione all'art. 119, ultimo comma, Cost., fornendo una definizione delle diverse tipologie di indebitamento e investimento. La questione di legittimità costituzionale sollevata da alcune regioni è stata, però, giudicata inammissibile dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 417/2005, per l'assenza di puntuali censure.

<sup>72</sup> Una soluzione di questo tipo fu proposta, anni addietro, dalla Corte dei conti, ma venne respinta dal Parlamento, sull'assunto che esso dispone di un potere pienamente discrezionale. Ci si può domandare se la previsione di un meccanismo di correzione, che in base al Trattato "deve rispettare appieno le prerogative dei parlamenti nazionali" comporti una limitazione di quel potere discrezionale, almeno quanto all'*an*: per alcuni sviluppi, A. Palanza, *Il decreto taglia-spesa nei rapporti tra Parlamento e Governo*, in *Le limitazioni amministrative della spesa*, a cura di R. Perez, cit., 79.

<sup>73</sup> C. cost., sentenze n. 52/2010 e n. 70/2012.

pari con i concorrenti partner europei e di altri Paesi, non permette ai cittadini di esercitare appieno le pretese legittimate dai *Bills of rights* europei (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Sarebbe bene che i governanti tornassero ad occuparsi di tale problema, contenendo i disavanzi con interventi volti a ridurre la spesa corrente in rapporto al prodotto interno lordo e realizzando investimenti nelle infrastrutture fisiche. Sono decisioni spettanti alla Politica, cui in un ordinamento democratico competono le scelte d'indirizzo generale. Ma essa ha l'onere di giustificare quelle scelte in modo trasparente, senza addossarne la responsabilità alle norme dell'Unione europea, agli atti delle sue istituzioni. L'ordine giuridico europeo non impedisce gli interventi diretti dei pubblici poteri nell'approntamento delle infrastrutture, anzi li incoraggia, né ostacola il ricorso all'indebitamento per sostenere le spese per investimenti, anzi contiene una norma di tipo promozionale<sup>74</sup>. È da auspicare, quindi, che l'azzeramento del disavanzo strutturale – reso doveroso dall'attuale testo dell'art. 81 Cost. – abbia luogo tempestivamente e coerentemente con quanto l'Europa chiede all'Italia, ossia rimuovere gli ostacoli alla crescita e all'occupazione.

*Abstract*

*This article examines two fundamental aspects of public service infrastructures, namely the most suitable role for public authorities, and the question of whether – and to what extent – public investment is a convenient solution to support infrastructure deployment when it is funded by public debt. The author responds to both questions by examining in depth the relevant legal norms in the EU and national contexts.*

*In regards to the first item, the article argues that public authorities play an ambivalent role in ensuring public infrastructure development. Although they act as regulators by making the rules for a level playing field, they often have infrastructure ownership and provision. Secondly, the author demonstrates that in both the EU and national legal orders public investments are favoured. In fact, the legal framework*

<sup>74</sup> Mentre questo scritto era in corso di pubblicazione, il Consiglio europeo di Bruxelles del 14 marzo 2013 ha espresso l'avviso che le regole volte a garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche non siano incompatibili con la realizzazione di investimenti pubblici (par. 4: «the European Council recalls that while fully respecting the SGP, the possibilities offered by the EU's existing fiscal framework to balance productive public investment needs with fiscal discipline objectives can be exploited in the preventive arm of the SGP»).

## **le infrastrutture per i servizi pubblici**

*encourages direct investments, and recourse to public debt for financing spending on infrastructures.*

*Therefore, the article suggests that the argument of the EU's aversion to public investments is rather specious than well grounded, as the EU does not impose infrastructure spending reduction. It thus concludes that the Italian government should invest more in public infrastructure as national infrastructure assets are still relatively poor.*



ARISTIDE POLICE

## INFRASTRUTTURE, CRISI ECONOMICA E RUOLO DEL *PROJECT FINANCING* E DEI *PROJECT BONDS*

SOMMARIO: 1. Le nuove frontiere del *project financing* pubblico: una premessa. – 2. I *Project Bonds* e loro modalità di emissione. – 3. Le caratteristiche e i limiti di questo nuovo strumento. – 4. La normativa di riferimento alla luce delle novità apportate dal D.L. n. 83/2012. – 5. Dal Decreto Sviluppo un nuovo impulso alle infrastrutture. – 6. I modelli *Project Bonds* e *Social Impact bonds*. – 7. Vantaggi e limiti dei *Project Bonds* e dei *Social Impact Bonds*: l'introduzione dei *Social Project Bonds*. – 8. Conclusioni.

### **1. Le nuove frontiere del *project financing* pubblico: una premessa**

Apparentemente destinata ad essere abbandonata, a causa della crisi del debito che ha investito l'Europa, in realtà la finanza di progetto potrebbe costituire una delle linee portanti per la crescita dei settori strategici dell'economia<sup>1</sup>.

In questa prospettiva, negli ultimi mesi il *project financing* sembra sia stata una delle priorità del legislatore italiano, in particolare per quanto riguarda l'istituto nella sua forma di partenariato pubblico-privato; con questo lavoro si intende ripercorrere brevemente le tappe più significative di tale disegno legislativo e verificarne potenzialità e limiti.

Dopo le modifiche apportate dal «Decreto Sviluppo», d.l. n. 70 del 2011, sono intervenuti il «Decreto Salva Italia», (d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni in legge 22 dicembre 2011, n. 214) e, più di recente, il «Decreto Liberalizzazioni», (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27) ed il «Decreto Sviluppo», (d.l. n. 83/2012).

<sup>1</sup> È per questa ragione che è stato scelto questo tema per la mia relazione al XIX Congresso Italo Español de Profesores de Derecho Administrativo organizzato dalla omonima Associazione sul tema «Crisis economica y crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo», presso la *Universidad CEU San Pablo* di Madrid, ottobre 2012. Il presente scritto è una rielaborazione della relazione.

Occorre procedere analizzando il decreto «Salva Italia» che si può considerare come il primo passo verso una riforma del *project financing* pubblico. Con la legge n. 214/2011 si è definitivamente convertito in legge il decreto 6 dicembre 2011, n. 201, recante «*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*» che ha introdotto una procedura di accesso alla finanza di progetto unica e più snella, ed in particolare l'art. 41 del testo, che intervenendo sulle opere di interesse strategico, introduce alcune importanti modifiche al Codice dei contratti pubblici, dalle quali si può evincere la generale volontà del legislatore italiano di accelerare e snellire la procedura di realizzazione delle grandi infrastrutture e delle opere soggette alla valutazione del CIPE<sup>2</sup>, mentre l'art. 42, relativo ai contratti di concessione di costruzione e gestione, contiene misure volte ad incentivare l'impiego di capitali privati nella realizzazione delle opere pubbliche, intervenendo pertanto su alcune disposizioni del Codice dei contratti, attraverso:

a) la semplificazione delle modalità di cessione, da parte dell'amministrazione al concessionario, di beni immobili a titolo di prezzo, in luogo del contributo in denaro;

b) la previsione esplicita della possibilità di estendere l'oggetto della gestione ad opere già realizzate, connesse a quella principale;

c) la possibilità di prevedere una durata della concessione fino a cinquanta anni per le opere superiori a un miliardo di euro<sup>3</sup>.

Particolare rilevanza assume la riscrittura del testo dell'art. 175 del Codice dei contratti pubblici, relativo alla finanza di progetto, che prevede che ai fini dell'inserimento nella lista delle infrastrutture da realizzare, i soggetti aggiudicatori rimettano lo studio di fattibilità al Ministero che ne cura l'istruttoria e lo trasmette al CIPE, che in caso di valutazione positiva, indica le eventuali risorse pubbliche destinate al progetto; nel comma 4 viene previsto che il soggetto aggiudicatore, entro novanta giorni dalla data in cui diventa efficace la delibera del CIPE, provvede alla pubblicazione del bando di gara, avente specifici contenuti, e sulla base dello studio di fattibilità. La gara dovrà essere aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e andrà valutata tenendo conto anche della qualità del progetto preliminare presentato, del valore economico e finanziario del pro-

<sup>2</sup> Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, è l'organismo statale creato con l. 27 febbraio 1967, n. 48, si tratta di un organismo di fondamentale importanza nella vita dello Stato Italiano, in quanto opera all'interno della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica.

<sup>3</sup> UTFP, *Ultime modifiche in materia di finanza di progetto*, UTFP news n. 16, gennaio-marzo 2012.



getto e del contenuto della bozza di convenzione (c. 6), inoltre il CIPE approva il progetto preliminare unitamente allo schema di convenzione e al piano economico finanziario. La mancata approvazione del progetto preliminare non determina alcun diritto in capo all'offerente e nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario definitivo, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta e al rimborso dei costi sostenuti, come si legge nel c. 9.

Con la legge n. 27/2012<sup>4</sup> è stato convertito il decreto «Liberalizzazioni» del 24 gennaio 2012, n. 1, recante «*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*», che è complessivamente finalizzato a liberalizzare ampi settori dell'economia nazionale, al fine di favorire lo sviluppo della produttività.

La principale novità apportata dal decreto in esame è relativa alla possibilità per le società concessionarie di emettere *Project Bonds* garantiti, fino all'avvio della gestione, dal sistema finanziario, da fondazioni e da fondi privati, la norma modifica in questo modo l'art. 157, d.lgs. n. 163/2006 relativo all'emissione di obbligazioni e titoli di debito da parte delle società di progetto costituite per la realizzazione di infrastrutture. L'art. 41, d.l. n. 1/2012 consente di emettere obbligazioni anche senza garanzia ipotecaria purché siano sottoscritte da investitori qualificati ovvero da tutti i soggetti autorizzati ad operare sui mercati finanziari.

La nuova disposizione dunque da un lato amplia la categoria dei soggetti coinvolti nel finanziamento delle opere pubbliche, ossia tale meccanismo vorrebbe fornire agli enti pubblici uno strumento che faciliti il reperimento di capitali privati per il finanziamento delle opere ammettendo il coinvolgimento nel finanziamento, non solo del sistema bancario, ma dell'intero sistema finanziario, dall'altro lato il *Project Bond* è strumento interessante in quanto consente all'operatore privato di far fronte agli oneri connessi alla realizzazione dell'opera, alimentando così i flussi di cassa per la realizzazione di infrastrutture.

Nella fase di costruzione, quando ancora non viene generato il *cash flow*, le obbligazioni e i titoli di debito emessi vengono garantiti dalle banche e dai fondi privati. La norma modifica anche l'art. 175, d.lgs. n. 163/2006, modificato dal d.l. n. 201/2012 «*Salva Italia*», che disciplina la procedura del promotore per gli interventi ricompresi nel programma delle opere strategiche da realizzare mediante *project financing*, in particolare la disciplina consente ai soggetti qualificati di presentare proposte che non risul-

<sup>4</sup> D.l. n. 1/2012, cd. Liberalizzazioni, in [www.camera.it](http://www.camera.it).

tano inserite nella lista predisposta dal Ministero delle Infrastrutture riguardo agli interventi da realizzare con capitali privati; il decreto «Salva Italia» aveva già provveduto a modificare tale articolo e con quest'ulteriore revisione si introduce il diritto di prelazione per il promotore rispetto agli altri concorrenti (purché ne sia dato atto nel relativo bando di gara), allineando in questo modo le previsioni relative alle opere strategiche a quanto dettato per le opere ordinarie.

Anche tale modifica dovrebbe costituire un efficace incentivo ad iniziative attivate da soggetti privati nella costruzione delle grandi opere mediante tale tecnica.

Altra misura diretta al decollo della finanza di progetto è il contratto di disponibilità<sup>5</sup> (art 44 del decreto «Liberalizzazioni»), applicabile sia alle opere strategiche che alle opere ordinarie, in alternativa al contratto di *leasing* previsto dal decreto «Sviluppo» 70/2011.

Il contratto di disponibilità, inserito nel corpo dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici, all'art. 15-*bis*, è un nuovo modello di partenariato pubblico-privato definito esattamente come «il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa del destinatario, 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 rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti».

Lo schema del contratto, come si legge dalla disposizione, consiste nella “messa a disposizione” dell'opera, a fronte del versamento di un corrispettivo da parte dell'Amministrazione, si tratta dunque di un contratto a prestazioni corrispettive<sup>6</sup>. Benché l'opera da realizzare sia destinata allo svolgimento di un pubblico servizio, una volta realizzata, rimane di proprietà privata (non è dunque un'opera pubblica in senso proprio), ed è posta a disposizione dell'Amministrazione che ha bandito la gara e che versa un “canone di disponibilità” all'affidatario, è in questo che si ravvisa la peculiari-

<sup>5</sup> Nel Decreto *Liberalizzazioni un nuovo strumento di partenariato pubblico-privato: il contratto di disponibilità*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 4 aprile 2012.

<sup>6</sup> Il contratto di disponibilità, si è in questo senso, assimilato ad una sorta di locazione di cosa futura a prestazioni aggravate per il locatore, mentre laddove sia previsto anche il trasferimento della proprietà del bene all'Amministrazione, è ricondotto alla vendita di cosa futura, Robaldo, *Il contratto di disponibilità*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 5, 3 maggio 2012.

rità di tale contratto. Sull'affidatario incombe l'onere di provvedere alla progettazione, assume inoltre il rischio della costruzione (ritardo nell'ultimazione del progetto, aumento dei costi di costruzione, mancato rispetto degli standard progettuali) e della gestione tecnica dell'opera, ed è tenuto ad effettuare la manutenzione anche per eventuali vizi sopravvenuti, al fine di consentire all'Amministrazione la costante fruibilità dell'opera. Nel contratto di disponibilità, a differenza della concessione di costruzione e gestione, il rischio contrattuale del *partner* privato non si concentra nella fase di gestione economica ma piuttosto nella fase di costruzione e gestione<sup>7</sup>. È previsto dall'art. 44 del Decreto che all'affidatario sia riconosciuto un contributo "in corso d'opera" o un prezzo di trasferimento, in caso di successivo passaggio alla pubblica amministrazione, inoltre le offerte devono contenere il progetto preliminare e il criterio di aggiudicazione previsto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Lo stesso d.l. n. 1/2012 prevede il ricorso alla finanza di progetto per la realizzazione di infrastrutture carcerarie tramite il ricorso a capitali privati, attraverso l'affidamento in concessione per la durata massima di venti anni e con l'obbligo di trasferire al concessionario i rischi di costruzione e gestione dell'opera, l'introduzione dell'art. 43 è teso al superamento dell'emergenza legata al sovraffollamento delle carceri.

Il decreto infine contiene disposizioni in materia di concessioni volte a favorire la bancabilità dell'opera nella fase di predisposizione dei documenti di gara da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ed inoltre misure di correzione delle concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche per aprire nuovi spazi alla concorrenza e rendere più flessibile il meccanismo di subentro.

## **2. I Project Bonds e loro modalità di emissione**

Tra le novità introdotte dal decreto Liberalizzazioni (d.l. n.1/2012) nel nostro ordinamento è di fondamentale importanza la modifica della disciplina che consente alla società di progetto l'emissione di obbligazioni e titoli di debito (*Project Bond*) per la realizzazione di specifici progetti infrastrutturali, al fine di incentivare il ricorso a tale strumento il cui regime fiscale per i prossimi tre anni, è stato disciplinato dall'art. 1, d.l. n. 83/2012 di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

<sup>7</sup> Romanenghi, *Il decreto legge liberalizzazioni. Breve analisi di alcune modifiche introdotte dal D.L. Liberalizzazioni al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.* n. 503, 2012.

È necessario però soffermarsi sulla figura dei *Project Bonds* al fine di comprendere come la loro introduzione possa costituire un mezzo per rilanciare gli investimenti infrastrutturali nell'Unione Europea e far ripartire la crescita, come rimedio alla crisi finanziaria in atto. I *Project Bonds*, nell'intenzione del legislatore, vogliono essere un importante strumento per attrarre investimenti in operazioni di finanza di progetto e, di conseguenza, per finanziare la realizzazione delle rispettive opere, non sostituendosi, bensì aggiungendosi ai finanziamenti bancari e ai contributi di natura pubblica (ossia alle altre modalità classiche di finanziamento di opere infrastrutturali).

In uno schema di *project financing* tradizionale sono le banche, o un gruppo di esse, che provvedono al capitale necessario alla realizzazione sotto forma di prestiti, tuttavia può accadere che queste praticino condizioni meno favorevoli di quanto farebbero i mercati; a meno che il progetto non sia molto interessante le banche sono poco inclini a finanziare progetti che per loro natura, nel caso dell'istituto in esame, producono i loro risultati in tempi piuttosto lunghi che variano a seconda del progetto. Se invece la banca sottoscrivesse o semplicemente collocasse delle obbligazioni emesse da un'altra società, destinate ad essere quotate, le obbligazioni, qualora godessero di un certo mercato, potrebbero essere vendute e comprate.

I *Project Bonds* sono pertanto obbligazioni emesse da società che realizzano un progetto infrastrutturale o un servizio di pubblica utilità per finanziarne la realizzazione e sono destinati ad investitori istituzionali, dunque consentono il coinvolgimento di capitali privati nel finanziamento di tali opere soprattutto in una fase economica, come quella attuale, in cui le consuete fonti di finanziamento (ad esempio il credito bancario) non consentono una sufficiente disponibilità di risorse.

L'analisi dei *Project Bonds* deve essere inquadrata nel più generale contesto europeo che prevede lo sviluppo di forme analoghe di finanziamento delle infrastrutture pubbliche volte ad attrarre capitale privato; in particolare il riferimento è alla recente iniziativa, promossa dalla Commissione Europea («*Europe 2020<sup>8</sup> Project Bond Initiative*») con lo scopo di orientare gli investi-

<sup>8</sup> La strategia Europa 2020 prevede la mobilitazione di strumenti finanziari come parte di una strategia di finanziamento coerente che metta insieme i fondi pubblici e privati nazionali e nazionali per perseguire gli obiettivi della strategia stessa con la massima efficacia possibile. Lo scopo principale degli strumenti finanziari, quali i prestiti obbligazionari per progetti, è attivare e agevolare il finanziamento di progetti da parte del settore privato. L'iniziativa prestiti obbligazionari per il finanziamento di progetti muove dall'esortazione contenuta nella relazione Monti «*analizzare tutte le combinazioni tra finanziamenti pubblici e privati per migliorare gli incentivi per gli investitori a lungo termine perché convogliano le proprie risorse verso i progetti infrastrutturali a lungo termine sviluppando in Europa un mercato dei titoli liquidi per scadenze*

tori istituzionali verso il finanziamento a lungo termine di progetti rilevanti (ad esempio nei settori del trasporto o dell'energia) e che costituisce uno strumento volto a favorire la crescita nell'Unione Europea; in particolare questo mezzo prevede un meccanismo di condivisione da parte della Banca Europea degli Investimenti (BEI) del rischio a garanzia delle obbligazioni emesse dalla società di progetto per finanziare i relativi progetti infrastrutturali. Il rimborso dei *Project Bonds* dipende unicamente dai flussi finanziari che il progetto è in grado di assicurare e che consentirà di remunerare il capitale e gli investitori.

L'art. 157 del D.Lgs n. 163/2006 ha previsto, al fine di realizzare una singola struttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, che le società di progetto nonché le società titolari di un contratto di partenariato possano emettere obbligazioni e titoli di debito a condizione che siano sottoscritti da investitori qualificati, si tratta di strumenti nominativi che non possono essere trasferiti a soggetti che non siano investitori qualificati.

I *Project bonds* permettono di finanziare la realizzazione del progetto fin dalla fase di costruzione dell'opera, la più rischiosa per gli investitori stante l'assenza di flussi di cassa. Per evitare che il rischio della fase di costruzione possa costituire un ostacolo all'emissione di tali strumenti, il decreto 7 agosto 2012<sup>9</sup> emanato in attuazione dell'art. 157 del Codice dei contratti pubblici, ha previsto la prestazione di una garanzia da parte del sistema finanziario, delle fondazioni e dei fondi privati, in modo tale che il rischio non sia assunto interamente dai sottoscrittori delle obbligazioni e dei titoli di debito e sia assicurata maggiore trasparenza alle operazioni e tutela ai sottoscrittori delle obbligazioni e dei titoli.

Una delle novità è pertanto ammettere che le garanzie possano coprire non solo "sino all'avvio della gestione" bensì comprendere anche questa fase di avvio gestione "fino alla scadenza dei *Project Bonds* garantiti<sup>10</sup>". Con l'emissione dei *Project Bonds*, come si è detto, possono essere finanziati nuovi progetti infrastrutturali e nuovi servizi di pubblica utilità in settori strategici (quali in particolare strade, reti ferroviarie, reti energetiche e la banda larga) in grado di aumentare la dotazione infrastrutturale. Tuttavia con il d.l. n. 83

*molto lunghe*", Monti "Una nuova strategia per il mercato unico, al servizio dell'economia e della società europea", 9 maggio 2010, pag. 62, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

<sup>9</sup> Il decreto interministeriale 7 agosto 2012 sui *project bonds*, previsto dall'art. 157 c. 3, d.lgs. 163/2006, come modificato dal decreto n. 1/2012 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 210 dell'8 settembre 2012.

<sup>10</sup> In *Gazzetta il decreto sui project bond: garanzie possibili anche nella fase post-costruzione*, [www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com](http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com), 10 settembre 2012.

del 22 giugno 2012 è stata consentita l'emissione di *Project Bonds*, oltre che per i nuovi progetti o per i nuovi servizi di pubblica utilità in settori strategici, per rifinanziare il debito precedentemente contratto per la realizzazione di un'infrastruttura o di un'opera connessa ad un servizio di pubblica utilità, consentendo così anche a progetti già avviati di godere di tale strumento di finanziamento.

Le garanzie secondo quanto stabilito dall'art. 3 del Decreto potranno essere prestate da diversi soggetti:

- a) banche italiane ed europee, nonché banche extracomunitarie autorizzate ad operare in Italia;
- b) intermediari finanziari;
- c) imprese di assicurazione autorizzate ovvero ammesse in regime di libera prestazione dei servizi all'attività di assicurazione;
- d) Cassa depositi e prestiti S.p.a;
- e) Sace S.p.a.<sup>11</sup>;
- f) Banca Europea degli Investimenti.

Il decreto del 7 agosto 2012 disciplina infine le modalità operative all'art. 4 comma 1, stabilendo che le garanzie e le controgaranzie sono «esplicitate, irrevocabili, incondizionate e stipulate in forma scritta». Nella norma si legge come ai fini del rilascio delle garanzie è necessario procedere ad una «valutazione del merito di credito del soggetto emittente e dell'adeguata sostenibilità economico finanziaria degli investimenti, tenendo conto della redditività potenziale dell'opera, anche sulla base del relativo piano economico-finanziario», si tutela in questo modo sia il soggetto che il progetto.

Il decreto chiarisce inoltre che «la garanzia copre il rischio di inadempimento del debitore principale per capitale e interessi e può essere escussa a seguito del mancato pagamento di uno o più pagamenti dovuti a termini del regolamento del prestito ovvero in caso di dichiarazione di insolvenza dell'emittente o assoggettamento dell'emittente a fallimento o altra procedura concorsuale di liquidazione applicabile» (art. 4, c. 2).

Un' importante caratteristica di tali garanzie si riscontra nel fatto che,

<sup>11</sup> La Sace è autorizzata a rilasciare garanzie nonché ad assumere in assicurazione i rischi di carattere politico, economico, catastrofico, commerciale e di cambio ai quali sono esposti gli operatori nazionali e le loro controllate e collegate nella loro attività con l'estero e di internazionalizzazione dell'economia italiana; la società è altresì autorizzata a rilasciare, a condizioni di mercato, garanzie e coperture assicurative per imprese estere relativamente ad operazioni che siano di rilievo strategico per l'economia italiana sotto i profili dell'internazionalizzazione, della sicurezza economica e dell'attivazione di processi produttivi e occupazionali in Italia, art. 2, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 143 (Disposizioni in materia di commercio con l'estero) e art. 11, l. 15 marzo 1997, n. 59.

oltre a poter essere emesse autonomamente, esse possono operare congiuntamente con le iniziative assunte in materia dalle istituzioni europee (si può pensare al riguardo all'*Europe 2020 Project Bond Iniziative*, promossa dalla Commissione Europea con il coinvolgimento della BEI), in modo da ottimizzare il merito di credito della singola emissione, come stabilito nell'art. 4, c. 3, decreto del 7 agosto 2012.

L'Italia è il primo tra i maggiori paesi dell'Unione Europea ad avere una compiuta e complessiva disciplina legale specifica per l'emissione e per le garanzie a sostegno dei *Project Bonds*, distinta da quella generale relativa alle obbligazioni societarie, il nostro Paese prevede per i *Project Bonds* emessi nei prossimi tre anni l'applicazione di un regime fiscale privilegiato, con l'esenzione totale per gli investitori residenti nei Paesi che figurano nella c.d. *White list*<sup>12</sup> e un'aliquota al 12,5% pari a quella disposta per i titoli di Stato da applicarsi a tutti gli altri investitori<sup>13</sup>.

Le emissioni obbligazionarie sono presenti soprattutto in progetti di grande dimensione dove i costi di emissione possono essere agevolmente ammortizzati nel progetto senza gravare eccessivamente sul *cash flow*.

Il mercato dei *Project Bonds* ha iniziato a crescere in seguito alla crisi che, negli anni Ottanta, colpì il mercato dei prestiti sindacati (rispetto ai quali le emissioni obbligazionarie apportano tre vantaggi<sup>14</sup>: la riduzione dei tempi di finanziamento, l'assenza di *convenants*<sup>15</sup> rigidi a danno della società di progetto e dei suoi azionisti e di *precedent conditions*<sup>16</sup>).

Un'altra causa della diffusione dei *Project Bonds* sui mercati internazionali è l'utilizzo da parte delle società veicolo di strumenti particolari quali gli *Eurobonds*, i *Foreign Bonds* e i *Global Bonds*.

<sup>12</sup> La *White list* comprende gli Stati e i territori che assicurano, sulla base di convenzioni, uno scambio di informazioni; la normativa antielusione mira a contrastare quei comportamenti finalizzati a trasferire i redditi in Paesi esteri con il preciso scopo di evitare il pagamento delle imposte (decreto legislativo 239/96). Il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 28 settembre 2011, modifica, aggiornandola, la cosiddetta *White list*, in cui rientrano quei paesi affidabili nell'attività di contrasto e prevenzione del fenomeno dell'antiriciclaggio e di finanziamento del terrorismo, [www.fiscooggi.it](http://www.fiscooggi.it), 21 settembre 2012.

<sup>13</sup> Mascolini, *Project bond tassati al 12,5 % per tre anni*, Italia Oggi, 17 agosto 2012, n. 35.

<sup>14</sup> Gatti, *Manuale del Project Finance*, Bancaria Editrice, Roma, 1999.

<sup>15</sup> Accordo che intercorre tra un'impresa e i suoi finanziatori, che mira a tutelare quest'ultimi dai possibili danni derivanti da una gestione eccessivamente rischiosa dei finanziamenti concessi.

<sup>16</sup> Si tratta della condizione sospensiva che si ha qualora gli effetti giuridici del negozio giuridico ad essa sottoposta non si producono immediatamente ma solo qualora la condizione espressa si avveri.

Come è noto, gli *Eurobonds* sono emissioni a medio-lungo termine, hanno la caratteristica di essere «strutturati in un Paese completamente deregolamentato estraneo all'influenza di qualsiasi autorità nazionale sul mercato mobiliare<sup>17</sup>», si tratta di emissioni di ammontare molto elevato e il rimborso del capitale avviene normalmente alla scadenza; i *Foreign Bonds* hanno caratteristiche che non li distinguono in qualche modo particolare dalle obbligazioni tradizionali, se non per il fatto che sono “obbligazioni emesse da non residenti sul mercato interno di un Paese straniero”; infine i *Global Bonds* sono la sorta di un prodotto risultante dall'unione dei *Foreign Bonds* e degli *Eurobonds*, le loro emissioni sono lanciate contemporaneamente nei maggiori mercati dell'Europa, degli Stati Uniti e dell'Asia.

### 3. Le caratteristiche e i limiti di questo nuovo strumento

I *Project Bonds* sono obbligazioni, titoli di debito, emessi dalla società realizzatrice di un progetto nell'ambito di operazioni di *project financing*. Con la finanza di progetto siamo di fronte ad un'operazione di finanziamento a lungo termine di un progetto i cui flussi di cassa previsti dalla gestione dell'opera da realizzare sono idonei e sufficienti per garantire il rimborso del finanziamento, si distingue pertanto dalle più tradizionali forme di finanziamento creditizio specialmente perché i creditori avranno diritto di rivalsa solamente sul progetto finanziato non potendo aggredire altre attività non afferenti e non influenzanti l'economicità del progetto.

Al riguardo, rispetto alle obbligazioni classiche, i *Project Bonds* influenzano la fase di realizzazione dell'opera quando il progetto non ha iniziato a produrre flussi di cassa positivi, in precedenza invece le società di progetto emettevano obbligazioni solo nel momento in cui l'opera era già realizzata e funzionante. Dunque sostanzialmente nel caso di costruzione di un'infrastruttura viene emesso un bando per la realizzazione dell'opera da parte degli Enti pubblici, che sarà aggiudicato al gruppo di imprese che presenteranno il progetto migliore; questi creeranno una società di progetto che dovrà finanziare la realizzazione dell'intervento in parte con capitali propri ed in parte con debito.

La parte di debito, che in caso di fallimento viene rimborsata in via privilegiata rispetto agli altri creditori (debito senior) invece di essere com-

<sup>17</sup> Albisetti, *Finanza strutturata. Tecniche e strumenti per la valutazione degli investimenti internazionali nel project financing*, Etas, Milano, 2000.



posta dai finanziamenti tradizionali viene costituita da *Project Bonds* ossia titoli di debito che possono essere sottoscritti e scambiati da investitori sui mercati dei capitali.

Gli obiettivi che dunque si possono tracciare sono quelli volti a stimolare l'investimento nei settori delle infrastrutture ritenuti strategici a livello dell'Unione Europea; nonché ad incentivare l'intervento di capitali privati su progetti a medio lungo termine che garantiscano una generazione di *cash flow* stabile e un ritorno economico sufficiente a ripagare e remunerare adeguatamente gli investimenti.

L'aspetto che occorre evidenziare è pertanto la capacità della struttura di migliorare il merito creditizio della società veicolo e pertanto non solo di ridurre il costo di finanziamento del progetto ma accedere ad una categoria di investitori che in Europa difficilmente entrerebbero in questa tipologia di progetti, infine carattere essenziale è che si eviterebbero appesantimenti ulteriori sul bilancio dello Stato in quanto non si richiederebbe alcuna emissione di debito pubblico per finanziare progetti infrastrutturali.

A questo punto si possono sintetizzare i principali vantaggi che può avere l'adozione dei *Project Bonds* in Italia.

Essi riescono a coinvolgere i capitali privati nello sviluppo della rete di infrastrutture italiane, soprattutto in un momento in cui i principali canali di finanziamento (quali investimenti pubblici o prestiti bancari) stanno venendo meno come conseguenza della crisi economico-finanziaria.

L'impatto positivo sull'efficienza dei progetti dovuto al coinvolgimento dei privati, in quanto la remunerazione per l'investitore è direttamente legata al successo del progetto e dunque per raccogliere i capitali è necessario dimostrare l'economicità del progetto.

E ciò senza dire della riduzione dei tassi di interesse applicati nei *Project Bonds* rispetto ai prestiti bancari (se è previsto uno schema di garanzie elevate) e della durata dei finanziamenti più elevata rispetto ai prestiti bancari tradizionali.

Inoltre, l'impatto sul bilancio pubblico è più limitato, nel caso in cui si renda necessario un intervento pubblico e si accompagna all'emissione di un prestito subordinato da parte della Banca Europea degli Investimenti e dell'Unione Europea alla stessa società di progetto. In questo modo in caso di dissesto i *Project Bonds* verrebbero rimborsati per primi e qualora i fondi non fossero sufficienti a rimborsare tutto il debito, a perdere sarebbero la BEI e l'Unione Europea che vedrebbero annullati i propri crediti subordinati e si trasferirebbe parte del rischio di insolvenza dalle società progetto incaricate di portare a termine una determinata infrastruttura ad enti sovranazionali.

L'utilizzo del *Project Bond* pone però anche diversi problemi che possono essere considerati veri e propri limiti se si considera che questo deve costituire lo strumento più adatto per incentivare un'immediata crescita dell'economia.

I *Project Bonds* rischiano di richiedere nella realizzazione del progetto la partecipazione di molti e costosi attori oltre a quelli necessari quali:

a) banche d'affari coinvolte nella valutazione del progetto, creazione e successiva distribuzione dei *Project Bonds*;

b) investitori istituzionali che se da un lato sono certamente interessati all'iniziativa dall'altro richiedono un elevato livello di garanzie;

c) si rende necessario l'intervento di agenzie di garanzia dei *Bonds*, come i fondi di garanzia nazionali o agenzie private.

La logica puramente economica su cui si basa il *project bond* implica che possono essere finanziati attraverso questo canale soltanto progetti che possono generare un rendimento finanziario sufficiente alla remunerazione degli investitori, più precisamente progetti che hanno un indubbio rilievo socio-culturale, ma che non garantiscano ritorni economici sufficienti, vengono esclusi *a priori*.

A tal fine appare utile sintetizzare per punti le possibili criticità che possono legarsi all'utilizzo di uno strumento di questo tipo.

Quanto alla tipologia di operazioni: è necessario verificare se l'utilizzo dei *Project Bonds* sarà in concreto destinato prevalentemente o esclusivamente al rifinanziamento di opere già realizzate ed in fase di gestione (operazioni *brownfield*) ovvero se tali titoli saranno utilizzati anche per il finanziamento di progetti *greenfield* (ossia per la realizzazione di nuove opere infrastrutturali).

Quanto alla dimensioni delle operazioni: la normativa di riferimento non pone limiti dimensionali, tuttavia occorre verificare se i *Project Bonds* saranno nella pratica destinati alla realizzazione di infrastrutture di valore particolarmente rilevante ovvero se saranno utilizzati quale strumento di finanziamento di opere di media dimensione (in tal caso molto dipenderà sicuramente dal complesso dei costi finanziari).

Quanto alla concreta possibilità di ottenere finanziamenti bancari: importante è valutare la profittabilità di un investimento e la stabilità finanziaria o l'affidabilità di una società di progetto.

Quanto alla temporaneità: si tratta di obbligazioni collegate ad opere pubbliche che richiedono molti anni per essere realizzate e dunque il mercato necessita di tempo per conoscere e fidarsi di questo nuovo strumento di investimento.

Quanto alla documentazione contrattuale: al fine di consentire un'ef-

ficace diffusione di questo nuovo strumento occorrerà sviluppare una documentazione contrattuale che consentirà agli investitori di avere le garanzie necessarie per poter usufruire di quelle protezioni tipiche di cui godono le banche finanziatrici in operazioni tradizionali di finanza di progetto.

In definitiva i *Project Bonds* rappresentano probabilmente il mezzo più idoneo al perseguimento dell'obiettivo pubblico degli ultimi tempi, ossia il rilancio dell'economia italiana ed europea; questi consentono alle banche di finanziare nuovamente progetti anche a lungo termine attraendo investimenti privati nel finanziamento delle infrastrutture; inoltre si possono coinvolgere gli investitori istituzionali per finanziare direttamente i progetti senza l'intervento di altri intermediari. Tuttavia essenziale è considerare che si rendono necessarie garanzie anche pubbliche, i grandi investitori richiedono spesso un intervento pubblico per il rischio di costruzione delle relative opere creando in questo modo una complessa struttura finanziaria mediante una partecipazione più diretta di chi investe capitali di rischio e di chi offre investimenti. Un intervento pubblico nella valutazione, strutturazione e realizzazione dei progetti costituisce un incentivo a ridurre i rischi e realizzare le opere nelle modalità ed entro i tempi stabiliti.

#### **4. La normativa di riferimento alla luce delle novità apportate dal d.l. n. 83/2012**

Le ultime modifiche del Codice dei contratti pubblici, con riferimento al finanziamento delle infrastrutture pubbliche con capitali privati, sono state introdotte dal decreto Legge recante «*Misure Urgenti per la crescita del paese*» (nuovo decreto Sviluppo 22 giugno 2012, n. 83) approvato in Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2012 e pubblicato nel supplemento ordinario n. 129 allegato alla Gazzetta Ufficiale n. 147 del 26 giugno 2012. Il Decreto Sviluppo segna un passaggio definitivo per il decollo del *project financing* e soprattutto dei *Project Bonds*, ossia le obbligazioni e i titoli di debito emessi dalle società di progetto, costituite per la realizzazione di infrastrutture, fin dalla fase di costruzione dell'opera.

La disciplina introdotta dal decreto è da considerarsi determinante per il coinvolgimento di capitale privato nel finanziamento delle infrastrutture perché emessa in un periodo, come quello attuale, in cui le risorse pubbliche sono state drasticamente ridotte ed è dunque volta, attraverso il rilancio dell'economia, a risolvere molti dei problemi che sta attraversando il nostro Paese.

Il d.l. n. 83/2012 interviene, con riferimento agli strumenti di Parte-

nariato Pubblico Privato e all'incentivazione dei capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche, modificando parzialmente alcune misure introdotte dall'ultima serie di provvedimenti legislativi del governo, con l'obiettivo di agevolare l'applicazione di questi complessi strumenti per la realizzazione ed il finanziamento delle infrastrutture e la gestione dei servizi connessi.

Già il d. Liberalizzazioni n. 1/2012 aveva semplificato il meccanismo dei *Project Bonds*, rispetto alla normativa precedente, in quanto consentiva di emettere obbligazioni, anche senza garanzia ipotecaria, purché sottoscritte da investitori qualificati ossia da tutti i soggetti autorizzati ad operare sui mercati finanziari e introduceva la possibilità di emetterle fin dalla fase di costruzione dell'opera alimentando i flussi per la realizzazione delle infrastrutture e garantendo la copertura dei rischi di costruzione.

Con il nuovo decreto Sviluppo è stato introdotto, all'art. 1, un trattamento fiscale agevolato per favorire l'emissione ed il collocamento dei *Project Bonds*; l'intento della norma è quello di incentivare da parte di qualsiasi potenziale investitore, la sottoscrizione di tali obbligazioni, e di conseguenza facilitare la raccolta di finanziamento da destinare alla realizzazione delle opere<sup>18</sup>.

Sono previste, in dettaglio, una serie di agevolazioni:

- l'aliquota di ritenuta sugli interessi percepiti dal sottoscrittore è equiparata a quella prevista per i titoli di Stato, abbassata dunque dal 20 % al 12,5 %. Questo tuttavia favorisce solo i sottoscrittori persone fisiche o equiparati ad esse quali i fondi pensione, ma non gli altri investitori istituzionali (fondi, fondazioni, banche, assicurazioni);

- il trattamento fiscale degli interessi pagati dal concessionario sui *Project Bonds* è ricondotto a quello degli interessi pagati sui finanziamenti bancari;

- l'applicazione delle imposte dirette (registro e imposte ipotecarie e catastali) in misura fissa alle garanzie di qualunque tipo;

- l'emissione di obbligazioni di progetto può anche essere diretta a consentire operazioni di rifinanziamento di precedenti debiti prima della relativa scadenza;

- infine nella versione del Decreto pubblicato in Gazzetta Ufficiale è stata introdotta, rispetto alla versione del Consiglio dei Ministri del 15 giugno, un'ulteriore disposizione che limita l'applicazione del trattamento fi-

<sup>18</sup> *Le misure a supporto del PPP nel nuovo Decreto Legge per le Infrastrutture e lo Sviluppo (D.L. 83/2012)*, in UTFP news n. 18, Luglio-Settembre 2012.

scale agevolato alle obbligazioni emesse nei tre anni successivi alla data di entrata in vigore del d.l.

L'art. 2 d.l. n. 83/2012 interviene sulle disposizioni che stabiliscono, in sostituzione parziale o integrale del contributo pubblico a fondo perduto, la "defiscalizzazione" del reddito delle società di progetto costituite per la realizzazione di nuove strutture in *project financing*<sup>19</sup> e già modificata ad opera della Legge di Stabilità n. 183/2012.

In particolare tale regime viene esteso alla realizzazione di tutte le opere pubbliche (incluso il *general contractor*) senza distinzioni circa la loro tipologia, a differenza di quanto previsto nella precedente formulazione della disposizione (decreto Salva Italia 6 dicembre 2011, n. 201), che limitava l'applicabilità dei benefici unicamente a determinate opere pubbliche (quali quelle stradali e autostradali, ferroviarie, metropolitane e portuali). L'ulteriore novità riguarda i soggetti beneficiari della defiscalizzazione, alla quale oltre alle società di progetto, realizzatrici dell'opera, possono accedervi anche soggetti interessati nell'ambito degli ulteriori contratti di partenariato pubblico-privato; l'entità del contributo non deve superare complessivamente il 50% del costo dell'investimento, in coerenza con la disciplina comunitaria e nazionale in materia.

Occorre una precisazione, nella versione del Decreto Legge approvata in Consiglio dei Ministri era stata introdotta un'ulteriore forma di defiscalizzazione per le opere per le quali non è previsto un contributo pubblico a fondo perduto, prevedendo, il rimborso, per un periodo di quindici anni, a favore del concessionario e della società di progetto di un terzo del totale delle nuove entrate fiscali generate dalle opere realizzate, tuttavia tale misura non è stata mantenuta nel testo del Decreto Legge pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

Con l'obiettivo di rilanciare il *project financing* attraverso una maggiore certezza di garanzia per gli operatori e gli investitori, il Decreto Sviluppo introduce una disposizione volta ad assicurare la stabilità del progetto e dei relativi investimenti.

In proposito, soprattutto al fine di superare le problematiche spesso connesse alle frequenti richieste di modifica del progetto definitivo di un'opera, si introduce l'obbligo di indire sempre una conferenza di servizi preliminare che dovrà esprimersi sulla base del documento progettuale, ossia dello studio di fattibilità e del progetto preliminare, posto a base di gara,

<sup>19</sup> Decreto Sviluppo (D.L. 83/2012, convertito con modificazioni nella Legge 134/2012), le misure fiscali di interesse per il settore delle costruzioni, ANCE, Settembre 2012, <http://www.ancecremona.it>.

consentendo che questo sia modificato o integrato solo in presenza di significativi elementi emersi nelle fasi successive del procedimento (art. 3, d.l. n. 83/2012); il fine di una tale disposizione è quello di dare certezza al concessionario e ai soggetti finanziatori riguardo all'invarianza del progetto.

Inoltre occorre sottolineare che si tratta di una novità di particolare importanza perché permette di anticipare ad una fase precedente la messa in gara, parte delle osservazioni o eventuali conflitti relativi ad un progetto infrastrutturale, suggerendo soluzioni di modifica allo stesso studio di fattibilità prima che questo sia messo in gara, e questo pertanto darebbe meno incertezze agli operatori privati circa la possibilità di modifiche successivamente alla fase di gara<sup>20</sup>.

In materia di *project financing* viene anche aggiunto un c. 2-bis all'art. 153 del Codice, che prevede che lo studio di fattibilità possa essere redatto da personale interno all'amministrazione solo se in possesso dei requisiti soggettivi necessari, altrimenti deve essere affidato a soggetti esterni individuati con gara, dunque gli oneri connessi allo studio di fattibilità possono essere ricompresi nel quadro economico del progetto. Il testo della Camera, apporta una modifica all'art. 4 del decreto Sviluppo, aumentando la percentuale minima dei lavori affidati a terzi nelle concessioni, dal 50 % al 60%, e anticipando di un anno l'obbligo che sarebbe dovuto scattare a partire dal 2015.

Infine, come si è accennato, tra le novità inserite dal decreto "Cresci Italia" n. 1 del 2012 particolare interesse assume l'introduzione del contratto di disponibilità con cui affidare ad un soggetto privato, a proprio rischio e spese, la costruzione e la messa a disposizione di un committente pubblico, di un'opera privata per l'esercizio di attività di pubblico interesse; la Pubblica Amministrazione versa un canone di disponibilità ed un eventuale contributo in corso d'opera (non superiore comunque al 50 % del costo di costruzione) e al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione, la stessa può corrispondere un prezzo di cessione.

Con riguardo a questo il decreto in esame è intervenuto prevedendo una ripartizione dei rischi per la realizzazione del progetto tra pubblica amministrazione e privati. Inoltre, nell'ottica di alleggerire il carico di responsabilità che grava sulle imprese, si stabilisce che i rischi amministrativi «derivanti dal mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta» sono a carico del soggetto aggiudicatore, ossia delle pubbliche amministra-

<sup>20</sup> Salerno, Latour, Arona, *Sì della Camera al decreto Sviluppo: guida a tutte le novità per imprese e professionisti*, in *Il Sole24 Ore Edilizia e Territorio*, 26 luglio 2012.

zioni «salvo diversa determinazione contrattuale». Un'ulteriore precisazione con riferimento al contratto di disponibilità riguarda la possibilità che le amministrazioni affidino alle imprese “il ruolo di attività espropriante” come accade per i *general contractor*.

## **5. Dal Decreto Sviluppo un nuovo impulso alle infrastrutture**

Con le manovre finanziarie del 2011<sup>21</sup>, la legge di stabilità del 2012 (l. 12 novembre 2011, n. 183) e il pacchetto dei decreti legge emanati fino all'estate 2012 dal Governo Monti e di cui si è detto sopra<sup>22</sup>, sono state approvate nuove regole per modificare i meccanismi attraverso cui in Italia vengono decise, progettate e soprattutto finanziate le infrastrutture strategiche.

Con questo insieme di provvedimenti si effettuano delle riforme che attuano, seppure lentamente, un complesso di modalità diverse per costruire le grandi infrastrutture: con una quota sempre più ridotta di capitale pubblico; con la mobilitazione di capitale privato di varia provenienza (bancaria ma anche imprenditoriale); con l'introduzione di nuovi istituti (obbligazioni di progetto o *Project Bonds*, contratto di disponibilità); puntando a “trasferire” anche il risparmio privato dei cittadini verso operazioni ad altissimo rischio impiegandolo direttamente nella costruzione delle opere oppure utilizzandolo come base per le garanzie.

Occorre per un momento soffermarsi sul contenuto del nuovo d. Sviluppo del 22 giugno 2012, n. 83, che mostra nello stesso momento, da un lato la preoccupazione con cui il capitale nazionale ed internazionale guarda alla forte diminuzione delle risorse pubbliche per la realizzazione delle “grandi opere”; dall'altro, la preoccupazione di modificare, anche solo in parte, la composizione della spesa pubblica che oggi contribuisce alla costruzione del debito.

Il testo del decreto legge contiene pertanto una serie di disposizioni in tema di infrastrutture quali attrazioni di capitali privati, facilitazioni fiscali, semplificazioni e accelerazioni procedurali volte a risolvere tali problemi. Con riferimento agli strumenti di PPP e all'incentivazione dei capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche, il d.l. n. 83/2012, di cui ho par-

<sup>21</sup> D.l. n. 98 del 6 luglio 2011 (convertito con legge n. 111 del 15 luglio 2011); d.l. n. 138 del 13 agosto 2011 (convertito con legge n. 148 del 14 settembre 2011); d.l. n. 201 del 6 dicembre 2011 (convertito con legge n. 214 del 22 dicembre 2011).

<sup>22</sup> D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 e d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

lato nel precedente paragrafo, modifica alcune misure introdotte dai precedenti decreti del Governo, in particolare con riferimento al contratto di disponibilità e ai *Project Bonds*, pertanto merita un breve approfondimento.

Per realizzare, completare ed acquisire opere pubbliche o di pubblica utilità, soprattutto quelle a scarsa redditività economica, che non consentono un agevole recupero dell'investimento attraverso la gestione, i committenti pubblici possono ricorrere al "contratto di disponibilità", disciplinato come forma speciale del più generale contratto di "locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità"<sup>23</sup>, che a sua volta appartiene alla categoria dei contratti di leasing<sup>24</sup>. Le regole speciali sul contratto di disponibilità, introdotte molto recentemente (art. 44, d.l. n. 1/2012 e art. 4-*bis* del Decreto Legge n. 83/2012), sono state recepite come grande innovazione a fronte delle difficoltà applicative del normale leasing<sup>25</sup>; il contratto è dichiarato espressamente applicabile alle infrastrutture strategiche (come nel caso delle linee TAV-Treni Alta Velocità) e può combinarsi con un intervento in finanza di progetto. Con il contratto di disponibilità sono affidate ad un soggetto privato la costruzione e la messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo; dunque l'affidatario è selezionato con gara e il vincitore di questa ha il compito di approvare il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera, inoltre l'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice.

Le modifiche dell'agosto 2012 con la legge di conversione del d.l. n. 83/2012 (l. n. 134/2012) hanno introdotto la possibilità che il contratto preveda «modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità», dunque la norma sposta quote indeterminate e crescenti di oneri e rischi sull'ammi-

<sup>23</sup> La locazione finanziaria costituisce appalto pubblico di lavori, ossia normalmente ha per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dell'opera ma nel caso di infrastrutture strategiche può avere ad oggetto solo l'esecuzione dell'opera sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

<sup>24</sup> Si definisce leasing il contratto con cui il proprietario di un bene lo concede in uso ad un altro soggetto che paga un canone e può acquistarne la proprietà al termine del periodo contrattuale dietro pagamento di un ulteriore prezzo prestabilito.

<sup>25</sup> "Nasce il contratto di disponibilità alla P.A. immobili chiavi in mano", in *Il Sole* 24 Ore, 30 gennaio 2012.



nistrazione aggiudicatrice. Mentre le regole introdotte nel marzo 2012 (con la conversione in legge del d.l. n. 1/2012 (l. n. 27/2012) addossavano all'af-fidatario il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti, quelle dell'agosto 2012 pur non modificando le precedenti, hanno introdotto la previsione secondo cui «i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore».

Dall'inizio del 2012 è stato però fortemente rilanciato anche lo strumento del *Project Bonds* e il decreto Sviluppo ha provveduto ad arricchire con ulteriori elementi la disciplina del decreto Liberalizzazioni, in particolare le principali modifiche prevedono che:

a) per un periodo di tre anni dall'emissione le obbligazioni di progetto hanno lo stesso regime fiscale previsto per i titoli di Stato;

b) per lo stesso periodo le garanzie di qualunque tipo da chiunque e in qualsiasi momento prestate su obbligazioni e titoli di debito emessi dalle società di progetto sono soggette alle imposte di registro, ipotecarie e catastali in misura fissa forfettaria;

c) l'emissione di obbligazioni e titoli di debito può essere decisa da una società di PPP «anche ai fini del rifinanziamento del debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità di cui sia titolare». Lo sforzo compiuto per promuovere le obbligazioni di progetto si propone di superare le difficoltà che questo tipo di operazione ha sempre incontrato.

Non si possono però tacere alcune criticità dell'impiego di questo strumento per la realizzazione delle "grandi opere".

In particolare, si deve considerare che: obbligazioni ad alto rischio vengono ammesse anche a carico di enti locali e di soggetti che gestiscono risparmio collettivo (ad esempio fondi pensione), con formulazioni che non escludono sottoscrizioni forzose; inoltre, il mercato potrebbe non assorbire facilmente titoli del genere ha portato a prevedere una garanzia facente capo a tutto il sistema finanziario nazionale. Si pensa<sup>26</sup> che questa garanzia potrebbe essere prestata dalla Cassa Depositi e prestiti o da SACE; peraltro, all'emissione di questi titoli è associata un'agevolazione fiscale. Da ultimo non si può ignorare che è possibile nuova accumulazione di debito pubblico se si considera che alcuni compratori pubblici potrebbero indebitarsi per ac-

<sup>26</sup> *Project bond, il nodo garanzie*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 giugno 2012; *Project bond, necessaria una garanzia su misura*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 giugno 2012.

quisire questi titoli, che tuttavia, a fronte del margine di rischio, dovranno offrire tassi di interesse anche elevati.

## 6. I modelli *Project bonds* e *Social Impact Bonds*

Tradizionalmente le attività e i servizi con rilevanza sociale hanno due primarie fonti di finanziamento: gli Enti e le Istituzioni governative e territoriali (Stato, Regioni, Province e Comuni) da un lato, e gli Enti e le Istituzioni a rilevante scopo sociale (Fondazioni, Fondi Pensione, Istituzioni *no profit*) dall'altro.

L'accesso al mercato di capitali privati potrebbe portare in alcune situazioni a migliori risultati in termini di impatto sociale, con un costo dunque significativamente ridotto, tuttavia occorre creare le condizioni che consentano di attrarre, trattenere e far crescere le somme investite. In particolare il termine *Impact Investing* ossia investimento con impatto sociale consiste nel "collocare attivamente capitali in progetti, imprese e fondi che generano benefici socio-ambientali per la collettività ed un rendimento per gli investitori", si tratta di un concetto in forte sviluppo nei paesi anglosassoni (dove il ruolo dello Stato è tradizionalmente più limitato) ma che sta trovando rapida diffusione in altri paesi, in quanto si ritiene che l'impatto sociale dello Stato è destinato a diminuire a causa degli stringenti vincoli di bilancio ereditati dalla crisi finanziaria.

A questo punto risulta utile analizzare due modelli di cui si tenderà a far uso nei prossimi tempi nel sistema italiano ed europeo, ossia i *Social Impact Bonds* e i *Project Bonds*, di cui si è dato conto in precedenza.

Con riferimento ai *Project Bonds*, nel nostro Paese da molti anni è previsto che il soggetto aggiudicatario di una concessione, per la realizzazione o la gestione di un'infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità, ha facoltà di costituire una società di progetto e che quest'ultime possono emettere obbligazioni garantite da ipoteca avvertendolo dell'elevato grado di rischio connesso, si tratta però di una possibilità rimasta fino ad oggi praticamente inattuata. Dall'inizio del 2012 lo strumento del *Project Bonds* è stato però fortemente rilanciato e si sono affermate nuove regole<sup>27</sup>.

In primo luogo va ricordato che, allo scopo di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, sia le società di progetto che, più in generale, le società titolari di un contratto di partenariato pub-

<sup>27</sup> L'articolo 41, d.l. n. 1/2012, convertito dalla l. n. 27/2012 ha sostituito l'art. 157 del Codice dei Contratti Pubblici.

blico privato possono emettere titoli obbligazionari e titoli di debito nominativi non trasferibili destinati alla sottoscrizione dei soli investitori qualificati<sup>28</sup>.

In secondo luogo, i titoli emessi possono essere trasferiti solo ad investitori qualificati; ai titoli emessi non si applicano i vincoli consueti per questo tipo di prodotti; i titoli e la relativa documentazione di offerta devono riportare chiaramente ed evidenziare un avvertimento circa l'elevato profilo di rischio associato all'operazione.

Inoltre, per tutto il periodo della costruzione dell'infrastruttura o del nuovo servizio e fino all'avvio della gestione obbligazioni e titoli di debito «possono essere garantiti dal sistema finanziario, da fondazioni, e da fondi privati» secondo indicazioni che dovranno essere stabilite dal Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Le nuove norme si applicano anche a società già costituite alla data di entrata in vigore.

Va tuttavia precisato che i *Project Bonds* italiani costituiscono una fattispecie distinta, non per questo incompatibile, con i *Project Bonds* europei, attualmente in corso di definizione e lancio nell'ambito della *Project Bond Initiative*. Anche quest'ultimi rispondono ad un'analoga esigenza europea di prevedere lo sviluppo di forme di finanziamento delle infrastrutture pubbliche finalizzate ad attrarre capitale privato al fine di soddisfare il fabbisogno finanziario per gli investimenti in infrastrutture europee previste dalla *Europe 2020 Strategy*, sono in realtà meccanismi di garanzia forniti dalla Banca Europea degli Investimenti (con un meccanismo di condivisione del rischio insieme alla Commissione UE) rispetto ad obbligazioni emesse da società di progetto che realizzano infrastrutture nel settore energetico, delle telecomunicazioni e dei trasporti<sup>29</sup>.

Non si può fare a meno delle risorse messe a disposizione dal settore pubblico e dai donatori privati ma i mezzi di cui dispongono le organizzazioni che realizzano un'attività di interesse generale sono del tutto insufficienti, pertanto un'interessante iniziativa sperimentata nel Regno Unito, come i *Social Impact Bonds*, potrebbe rappresentare un buon punto di partenza per sviluppare dei modelli anche nel contesto italiano<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Contrariamente all'apparente limite normativo, ad avere lo status di investitori qualificati sono tutti i soggetti pubblici e tutti i soggetti privati che operano sul mercato bancario o finanziario.

<sup>29</sup> *Decreto Crescita- Ulteriori incentivi e opportunità per i Project Bonds in Italia*, Clifford Chance Briefing Note, Giugno 2012.

<sup>30</sup> Randazzo, *Social Impact bond: un nuovo strumento per la finanza sociale*, in *Enti non profit*, Ipsoa, n. 7/2011.

Il *Social Impact Bond* è uno strumento di finanza sociale (assimilabile ai titoli obbligazionari che può essere sfruttato per lo sviluppo di iniziative all'interno dell'attuale contesto socio-economico assicurando un risparmio di spesa alla pubblica amministrazione) sviluppatosi nel Regno Unito<sup>31</sup> e successivamente negli Stati Uniti e le prime azioni risalgono al 2010, non è un'obbligazione comune ma piuttosto un contratto tra un ente pubblico e una comunità di investitori che fanno un prestito ad un'autorità pubblica al fine di finanziare progetti sociali in un determinato territorio o a favore di una determinata categoria di persone.

Sostanzialmente nel caso dei *Social Impact Bonds* (o *pay for success Bonds*) un'iniziativa socialmente rilevante viene finanziata con l'emissione di titoli obbligazionari, quando raggiunge alcuni obiettivi prefissati un soggetto pubblico ne copre l'onere ripagando in parte chi ha acquistato i *Bonds*; il raggiungimento dello scopo ridurrà la portata del problema e i costi per la pubblica amministrazione tenuta ad affrontarlo, inoltre questo sistema genera un'economia che permette anche di remunerare gli investimenti privati.

Il meccanismo è interessante in quanto da un lato i sottoscrittori dei *Bonds* avranno accesso ad un beneficio sia di carattere economico che di carattere sociale e dall'altro lato l'ente pubblico realizzerà un risparmio consistente sulla spesa pubblica, dunque l'emissione dei *Social Impact Bonds* da parte di un ente pubblico per il finanziamento di progetti di interesse generale avviene traendo spunto dal meccanismo delle obbligazioni di scopo.

Dunque si è di fronte ad uno strumento finanziario in cui il capitale raccolto da investitori privati viene utilizzato da organizzazioni *no profit* per realizzare programmi che si propongono di ottenere specifici risultati sociali, per lo più si tratta di programmi preventivi volti ad evitare che determinate situazioni di disagio sociale si manifestino; la logica su cui si basa questo nuovo strumento finanziario è che gli interventi preventivi finanziati dal *Social Impact Bond* costino meno degli interventi di "rimedio" che il servizio pubblico dovrebbe mettere in atto una volta che il problema si sia manifestato, in tale condizione vi sarebbe un risparmio per il settore pubblico che viene utilizzato per remunerare gli investitori.

<sup>31</sup> Uno dei primi *Social Impact Bond* è stato sperimentato in Gran Bretagna su un programma di recupero di carcerati, gli investitori vengono ripagati solo nel caso in cui il livello di recidiva dei detenuti rimanga sotto un certo limite (7%) nei sei anni successivi al loro reinserimento in società. Sotto quel livello infatti diminuiscono i costi per le amministrazioni coinvolte direttamente e indirettamente e questo permette di remunerare il capitale investito.

## **7. Vantaggi e limiti dei Project bonds e dei Social Impact Bonds: l'introduzione dei Social Project Bonds**

L'aumento dei "bisogni" da un lato e la mancanza di risorse dall'altro lato impongono una riflessione volta a individuare fonti di finanziamento alternative rispetto a quelle tradizionali, l'utilizzo di strumenti mutuati dal mondo finanziario rappresenta sicuramente un'idea interessante. Tra gli strumenti funzionali allo sviluppo di modalità di finanziamento alternative nell'ambito dell'innovazione sociale di grande interesse è il *Social Impact Bond*, di cui si è detto nel precedente paragrafo, ossia uno strumento finanziario assimilabile, ai titoli obbligazionari, finalizzato alla raccolta, da parte del settore pubblico, di finanziamenti privati.

La remunerazione del capitale investito tramite questi strumenti è agganciata al raggiungimento di un determinato risultato sociale, pertanto in un modello di *Social Impact Bond* realizzato correttamente il raggiungimento del risultato sociale previsto produrrà un risparmio per la Pubblica Amministrazione e quindi un margine che potrà essere utilizzato per la remunerazione degli investitori<sup>32</sup>.

Perché un *Social Impact Bond* abbia successo devono sussistere una serie di condizioni:

a) innanzi tutto l'intervento finanziato dal *Social Impact Bond* deve consentire un risparmio rispetto alle spese che il servizio pubblico si troverebbe ad affrontare;

b) il risultato dell'intervento deve essere misurabile da un soggetto indipendente, ossia devono sussistere delle metriche ben definite che consentano di valutarne il successo o meno;

c) si devono individuare organizzazioni no profit credibili che dimostrino preventivamente che con il finanziamento ottenuto saranno in grado di produrre il risultato previsto e il conseguente risparmio per il servizio pubblico;

d) deve essere previsto un soggetto indipendente che origini e coordini il processo favorendo un dialogo costitutivo tra le parti coinvolte.

I *Social Impact Bonds* operano su intervallo di tempo determinato tuttavia non sono assimilabili ai *Bonds* tradizionali in quanto offrono un rendimento che è funzione del raggiungimento di determinati risultati. Occorre comprendere i vantaggi per i soggetti coinvolti in operazioni di questo tipo: gli Enti pubblici non sono tenuti a finanziare i programmi preventivamente

<sup>32</sup> Social Impact bonds, <http://www.socialimpactbond.org.uk>.

bensi solo successivamente e solo in caso di successo, gli investitori possono ottenere un rendimento interessante e allo stesso tempo avere un impatto positivo, le organizzazioni *no profit* si trovano ad avere accesso a maggiori finanziamenti rispetto ai tradizionali canali in quanto vengono scelte sulla base della possibilità di successo del loro intervento.

Risulta fondamentale però anche evidenziarne i limiti, innanzi tutto il risultato deve essere misurabile sulla base di parametri oggettivi, dunque è applicabile solo ad un numero limitato di situazioni ed inoltre il rischio è elevato in quanto il capitale è in pericolo se l'intervento non ha successo ed il rendimento in questo caso non è sufficiente a compensare tale rischio, il modello non può pertanto coinvolgere investitori guidati da una logica puramente economica.

È quest'ultimo il punto più significativo di differenza rispetto ai *Project Bonds*, poiché, come già accennato, la logica propriamente economica su cui si incentra il *Project Bond* comporta che possono essere finanziati mediante questo canale esclusivamente progetti che determinino un rendimento finanziario sufficiente a remunerare gli investitori, sono infatti esclusi progetti che pur avendo un rilievo sociale non garantiscano ritorni economici soddisfacenti.

Nel caso di un *Social Impact Bond* sostanzialmente alla data di inizio l'organizzazione che emette il *Bond* raccoglie fondi dagli investitori privati e li distribuisce alle società che forniscono i servizi per finanziarne i costi operativi, durante la gestione il governo effettua i pagamenti all'emittente del *Bond* qualora gli obiettivi prefissati siano raggiunti e questo usa tali pagamenti per rimborsare gli investitori privati e offrire un ritorno economico al loro investimento iniziale; il modello del *Project Bond* si differenzia invece per il meccanismo di funzionamento che è in parte diverso, ossia alla data di inizio la società che emette il *Bond* raccoglie fondi dagli investitori privati e li distribuisce alle società che realizzeranno il progetto, nella fase di gestione tutte le entrate realizzate vengono destinate a pagare il rimborso delle somme investite a seconda degli investimenti effettuati<sup>33</sup>.

Tuttavia anche nel caso dei *Project Bonds* la remunerazione per l'investitore è legata al successo del progetto posto in essere e quindi per raccogliere i capitali è necessario dimostrare l'economicità del programma proposto. Dunque sia il *Social Impact Bond* che il *Project Bond* presentano importanti limitazioni, in particolare relativamente alla loro applicabilità, il primo richiede programmi il cui impatto sia misurabile e data la rischiosità si adatta solo ad investitori attenti al tema sociale, il secondo invece richiede

<sup>33</sup> Finanza Socialmente responsabile, in <http://www.sri-cam.com>, Febbraio 2012.

che il progetto generi direttamente ricavi finanziari sufficienti a remunerare gli investitori non considerando l'impatto sociale.

Al fine di superare i limiti posti dagli strumenti appena richiamati è stato sviluppato un nuovo concetto di iniziativa: il *Social Project Bond*, avente come obiettivo il finanziamento di progetti di grande rilevanza sociale o culturale per la collettività. In questo caso non è necessario che il progetto generi ricavi finanziari diretti, misurabili e che garantiscano l'economicità bensì è sufficiente prevedere flussi di cassa specifici destinati agli investitori, sono inoltre previste diverse categorie di obbligazioni potendo partecipare sia investitori attenti agli aspetti economici che investitori più interessati agli aspetti sociali. Lo schema del *Social Project Bond* presenta sicuramente importanti vantaggi per i soggetti che intervengono nel progetto: per l'ente territoriale (ossia lo sponsor dell'iniziativa che dovrà individuare uno o più progetti che verranno poi sottoposti agli altri soggetti coinvolti per gli studi di fattibilità, individuare e porre in essere un flusso di ricavi che vanno a remunerare gli investitori e che potrebbe offrire delle garanzie per rendere il progetto ancora più appetibile per gli investitori) consente di finanziare dei progetti di rilevante impatto sociale e culturale senza un esborso diretto e preventivo da parte dello stesso ed inoltre il progetto apporterà dei benefici di lungo termine; gli investitori, ossia coloro che forniranno il capitale necessario per il progetto, invece riusciranno ad ottenere il loro obiettivo di investimento di qualunque tipo esso sia; infine per quanto riguarda i soggetti che produrranno i flussi di cassa necessari alla remunerazione degli investitori questi usufruiranno direttamente del risultato socio-culturale possibile grazie al loro contributo.

Oggi ci si chiede spesso come alcune scelte e comportamenti in campo economico e finanziario possano contribuire a costruire una società più attenta ai bisogni della collettività, è necessaria pertanto una continua interazione e interdipendenza tra tutti i soggetti e gli enti appartenenti al nostro sistema al fine di coniugare elementi economici con elementi sociali. In tal senso il *project financing* si propone come un'operazione di finanziamento nella quale, come ho detto più volte, una determinata iniziativa viene valutata per la sua capacità di generare ricavi e i flussi di cassa connessi alla gestione costituiscono la fonte primaria per la remunerazione del capitale di rischio, l'iniziativa viene finanziata in parte da capitali di rischio ed in parte da prestiti bancari e per quanto riguarda il ruolo svolto dalle banche la valutazione della capacità di rimborso del debito è basata principalmente sulle previsioni di reddito del progetto e sul patrimonio dello stesso, quale garanzia reale del credito, piuttosto che sull'affidabilità e solidità economico-patrimoniale dei creditori. L'interesse per una tecnica di questo tipo deriva

dunque anche dalla possibilità di sfruttarlo per progetti “diversi”, ad esempio, per il finanziamento di impianti per la produzione da energia da fonti rinnovabili per cui gli investimenti sono caratterizzati da un elevato esborso iniziale (superiore a quello delle fonti tradizionali) ma a contenuti costi di gestione; chi vuole realizzare un impianto di questo tipo deve reperire le risorse finanziarie per avviare il progetto che deve poi generare reddito con la vendita (o il risparmio) di energia e ripagare in questo modo l’investimento.

## 8. Conclusioni

A questo punto si possono trarre alcune riflessioni conclusive.

Se per il finanziamento di un’impresa generalmente le banche analizzano l’affidabilità creditizia di un soggetto economico in proporzione alla consistenza patrimoniale dell’impresa, nelle operazioni di *project financing* gli istituti bancari accentrano la propria attenzione sulla qualità del progetto prospettato al solo scopo di verificare la capacità di tale progetto di generare un flusso di cassa in grado di rimborsare il prestito erogato, in quanto mediante tale tecnica, come visto, si finanzia non una persona bensì un progetto.

La finanza di progetto pur non rappresentando un istituto autonomo sul piano giuridico dalle concessioni di opere pubbliche, è caratterizzato da una maggiore disponibilità per il soggetto privato che avendo la possibilità di elaborare il progetto in tutte le sue fasi, fin dalla progettazione preliminare, è incentivato a fare ricorso a questo tipo di operazione e scegliere pertanto tale forma di collaborazione con la pubblica amministrazione, che gli consente di investire e assumere il rischio imprenditoriale su una proprio proponimento. Si è dunque dimostrato come nell’assetto odierno si intenda assegnare un ruolo centrale alla progettazione privata (è in tale ottica che si pongono il recente decreto n. 70/2011 e la relativa legge di conversione n. 106/2011) incentivando maggiormente l’intervento di capitale privato nella realizzazione di opere pubbliche e consentendo il ricorso alla finanza di progetto anche per le opere non presenti nella programmazione triennale delle pubbliche amministrazioni attraverso la presentazione di un progetto contenente un progetto preliminare, una bozza di convenzione ed un piano economico-finanziario asseverato.

Come si è accennato, il ricorso al *project financing* comporta una serie di problematiche legate alle caratteristiche proprie dell’attività quali una marcata rigidità dell’operazione perché, una volta strutturata, le parti sono



tenute a rispettare le procedure stabilite ed adempiere alle clausole prefissate, inoltre i costi di attivazione dell'operazione elevati dal momento che per strutturare un intervento complesso, a prescindere dall'entità dell'investimento, occorre coinvolgere una pluralità di esperti in campo economico, tecnico, legale e finanziario.

A queste se ne aggiungono altre quali i tempi di avvio dell'iniziativa, superiori ad un normale appalto, poiché occorre identificare, attraverso un'ordinata serie di fasi (che ho illustrato nell'ambito del secondo capitolo e che si presentano particolarmente articolate) il punto di incontro tra esigenze pubblicistiche e privatistiche e perché concorrono numerosi soggetti aventi aspettative e competenze differenti tra loro ed infine la complessità delle negoziazioni per una corretta allocazione dei rischi, data la difficoltà nell'identificare opportunità e criticità dell'iniziativa, si tratta di rischi più consistenti e di tipo differente rispetto a quelli comunemente affrontati nelle operazioni di finanziamento tradizionali (si tratta in primo luogo dei rischi cui devono sottostare i finanziatori che non hanno solide garanzie reali fornite dai soggetti finanziati dal momento che le principali garanzie nelle operazioni di *project financing* sono date dalla validità economica dell'opera stessa, a questo si aggiungono i maggiori rischi sopportati dagli sponsor dell'operazione e da tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nella realizzazione e gestione dell'opera).

Il legislatore con i vari interventi normativi susseguiti nel tempo ha cercato di porre rimedio a tutte le problematiche accennate in particolare con la previsione del "diritto di prelazione" a favore del promotore (sul quale nel corso del lavoro mi sono più volte soffermata, introdotto fin dalla l. n. 166/2002 e che ha formato oggetto di rilevazioni anche da parte della Commissione Europea circa il rispetto del principio della parità di trattamento tra i concorrenti) ossia la possibilità riconosciuta, fin dal momento in cui un progetto del proponente viene prescelto tra i concorrenti, di essere messo a base di gara, di vedersi attribuita la concessione semplicemente offrendo il medesimo prezzo del soggetto risultato il miglior offerente in fase di gara.

Tuttavia nonostante le criticità legate ad una tale tecnica, si è registrata negli ultimi anni una crescita esponenziale delle operazioni di finanza di progetto e a fronte di tale incremento si sono individuati i fattori di successo del *project financing* nel settore pubblico, in parte comuni anche alle altre operazioni di Partenariato pubblico-privato. Innanzi tutto il ricorso a questo strumento ha consentito la realizzazione di opere il cui peso finanziario sarebbe stato altrimenti insostenibile per i bilanci delle singole aziende.

Ulteriori segni di favore per le operazioni di finanza di progetto, si è

visto, che sono dovuti principalmente alla sua capacità di soddisfare le necessità della pubblica amministrazione di far fronte alla scarsità delle risorse finanziarie, inoltre al crescente interesse dei grandi operatori finanziari e dei costruttori dove ad attrarre l'investimento privato non è più solo il reddito ricavabile dalla gestione dell'opera pubblica ma anche quello generato dalla valorizzazione del contributo pubblico ceduto al concessionario dall'Amministrazione.

Grazie al *project financing* si sono aperte grandi opportunità nel processo di realizzazione e ammodernamento delle infrastrutture e le perplessità manifestate nei confronti di un quadro così complesso come quello presentato dal *project financing*, hanno trovato soluzione se si pensa a diversi aspetti: innanzi tutto la sua capacità di saper coniugare interessi pubblici e privati, la sua attitudine ad essere funzionale sia per lo sviluppo di una singola opera che per la realizzazione di pianificazioni complesse di vaste aree, ed infine le continue modifiche normative che hanno reso maggiormente "attraente" questo strumento.

In tal senso gli ultimi interventi normativi in materia, in particolare il decreto Liberalizzazioni n. 1/2012 ed il recente decreto Sviluppo n. 83/2012, dimostrano come in un periodo caratterizzato da una prolungata crisi che ha coinvolto il mercato dei capitali il settore delle infrastrutture in Europa ha continuato a destare interesse tra gli investitori di debito e di capitale e in particolare come il nostro Paese ha un considerevole fabbisogno di investimenti infrastrutturali che non può essere finanziato facendo leva soltanto sul debito pubblico.

È stata questa la linea del Governo italiano che ha emanato con l'accennato decreto Sviluppo misure volte a favorire l'emissione dei *Project Bonds* che potrebbero costituire un'utile fattispecie finanziaria e rappresentare una delle poche opportunità che gli istituti bancari prenderanno in considerazione per finanziare le infrastrutture in Italia e se l'obiettivo perseguito è il rilancio dell'economia italiana ed europea attraendo investimenti privati nel finanziamento delle infrastrutture questa potrebbe rappresentare una grande opportunità per riportare le banche a finanziare progetti anche a lungo termine.

L'attenzione mostrata alla luce degli ultimi interventi e il suo impiego per la soddisfazione di molteplici interessi mostrano come quello della finanza di progetto sia un argomento estremamente attuale e che rappresenta un'operazione contrattuale volta non solo a contenere la spesa pubblica ma anche un elemento fondamentale che possa permettere, dotandosi di infrastrutture necessarie a competere a livello globale, un rilancio dell'economia di tutto il Paese.

*Bibliografia*

- ABBATERMARCO M., RE CECCONI F., *Il project financing nelle opere pubbliche: guida tecnico-operativa aggiornato al D.lgs 113/2007*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2007.
- ALBERTI, A.M., *La struttura del project financing*, in *Nuova rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, n.18, 1997, pag. 1791.
- ALBISETTI, R., *Finanza strutturata. Tecniche e strumenti per la valutazione degli investimenti internazionali nel project financing*, Milano, Etas, 2000.
- AMATUCCI F., PEZZANI F., VECCHI V., *Le scelte di finanziamento degli enti locali*, Milano, Egea 2009.
- AMOROSINO, S., *Il project financing ed il concorso finanziario privato nella realizzazione di opere pubbliche*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1993, pag. 239.
- BALDI M., DE MARZO G., *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, Ipsoa, II edizione, 2004.
- BALDI M., TOMEI R., *La disciplina dei contratti pubblici*, Trento, Ipsoa, 2007.
- BALDI, M., *Il project financing*, in De Nictolis R. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Vol II, Milano, Giuffrè, 2007.
- BALDI, M., *L'asseverazione del PEF nel project financing*, in *Urbanistica e Appalti*, Ipsoa, n. 10, 2010, pag 1202 e ss.
- BALDI, M., *Il nuovo modello di project financing introdotto dal D.L. 70/2011*, in *Urbanistica e Appalti*, Ipsoa, n. 9, 2011, pag.1040 e ss.
- BELLAGAMBA L., *Decreto sviluppo project financing e leasing in costruendo: il problema di fondo*, Lavoripubblici.it, in [http://www.lavoripubblici.it/news/stime e immobili](http://www.lavoripubblici.it/news/stime_e_immobili), Maggio 2011.
- BENVENUTI, F., *Rischi e meccanismi di protezione in tema di project financing*, in *Diritto e pratica delle società*, n. 8, 2000, pag. 25.
- BUZZETTI, P., *La domanda di nuove regole*, in atti del convegno *Il partenariato pubblico privato: un'opportunità per l'Italia*, (Roma, 2 marzo 2004).
- CALAMIA M., MASTROFINI R., *Il partenariato pubblico privato nel Libro Verde dell'UE*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, Halley Editore, 2004.
- CAMPO, B., *Project financing: dalla fase preliminare dell'individuazione del promotore alla fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione*, in *Contratti & Appalti*, <http://informazioneegiuridica.myblog.it>, Maggio 2011.
- CARANTA, R., *I contratti pubblici*, II edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012.
- CARRIÈRE, P., *Il project financing: profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, Cedam, 1999.
- CASTENASI, S., *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*, Firenze, Firenze University Press, 2009.
- CHITI, M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.
- CINTIOLI, F., *Le concessioni di lavori pubblici*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico* (a cura di) Satta F., Padova, Cedam, 2008.

- COLETTA, A., *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in <http://www.Giustiziamm.it>, 2008.
- CORI R., GIORGIANTONIO C., PARADISI I., *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, *Questioni di Economia e Finanza*, n.82, Dicembre 2010.
- DAL PRATO, L., *La finanza di progetto: contorni e profili*, Torino, Giappichelli Editore, 2006.
- DE LUCA C., SEVASTANO L., *Project financing piu' flessibile e appetibile*, Fiscal Focus. info, in [http://www.fiscal-focus.info/economia e società](http://www.fiscal-focus.info/economia_e_societa), Giugno 2011.
- DE NICTOLIS, R., *La riforma del codice appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, Ipsoa, n. 6, 2008, pagg.665-679.
- DE NICTOLIS, R., *Il nuovo regolamento dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, Ipsoa, n. 2, 2011, pagg. 136e ss.
- DE SURY, P., *Project financing e finanziamento di opere pubbliche*, in De Sury P., Miscali M., *Il project financing: principi guida per la realizzazione di opere pubbliche*, Milano, Egea, 1995.
- DRATTA U., VACCA C., *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, Egea, 1997.
- FALINI, A., *Il project financing*, Milano, Franco Angeli s.r.l, 2008.
- FERRANTE G., MARASCO P., *Studio di fattibilità, PPP test e scelte infrastrutturali*, in *Edilizia e Territorio*, Il Sole 24 ore, n. 3, pagg.25-28.
- FERRANTE G., MARASCO P., *Il project financing e il contributo pubblico: valutazioni finanziarie per le Amministrazioni*, in *Edilizia e Territorio*, Il Sole 24 ore, n. 11, pagg.16-18.
- FIDONE G., RAGANELLI B., *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della prelazione del promotore*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, n.3,4, 2005.
- FLORIO, M., *Privatizzazioni e benessere: il caso britannico*, in *Economia pubbl.*, 2003.
- FLORIS, A., *Linee storiche ed evolutive del project financing*, *Diritto & Diritti*, in <http://www.diritto.it/materiali/amministrativo>, Giugno 2003.
- FRANCHINI, C. (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei Contratti diretto da Rescigno P., Gabrielli E.*, Torino, Utet Giuridica, 2010.
- GATTI, S., *Il manuale del project financing*, Roma, Editrice Bancaria, 1999.
- GENTILE, M., *Project financing: si torna all'antico*, in *Appalti e Contratti*, vol. 6, 2011, pagg. 40-41.
- GOLIA, G., *Il project financing*, Roma, Texmat, 2007.
- GRECO, R., *La natura giuridica delle procedure delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al codice degli appalti*, in <http://www.Giustiziamm.it>, 2009.
- GRACILI R., GRACILI L., MENALDI V., *Problemi del "project financing" per gli investimenti degli enti locali*, in *Studi e Note di economia*, n.3, 1997.
- GUZZO, G., *Le nuove regole del project financing: corsi e ricorsi storici*, *Ambientediritto.it*, in <http://www.ambientediritto.it/dottrina>, Marzo 2010.
- IAIONE, C., *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in [www.Giustamm.it](http://www.Giustamm.it), 2006.

## infrastrutture, project financing e project bonds

- IMPERATORI, G., *La finanza di progetto: una tecnica, una cultura, una politica*, in *Il Sole 24 Ore*, 2003.
- IOSSA, E., *L'allocazione del rischio e la Struttura degli incentivi nel Partenariato Pubblico Privato*, Mimeo, 2008.
- LETTIERI, M., *Il project financing: disciplina e operatività*, Roma, Aracne, 2009.
- LEMMA, V., *La riforma della finanza di progetto*, Torino, Giappichelli Editore, 2011.
- LIBANORA, M., "La realizzazione degli investimenti attraverso PPPI", "I procedimenti del project financing", in *Le società miste pubblico-private di project financing*, Milanofiori Assago, Ipsoa, 2011, pagg.95-151.
- LUBERTI, A., *La finanza di progetto nel codice degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 6, Ipsoa, 2008, pp.694-702.
- LUGARESI, N., *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in Mastragostino F (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, pagg.542-615.
- MAGGIO, A., *Codice dei contratti pubblici*, (a cura di) Maggio A., Steri G., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.
- MANGIALARDI G., *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000.
- MARIANI MENALDI, *Il project financing nel codice dei contratti: analisi giuridico-amministrativa, economico-finanziaria e tributaria*, Torino, Giappichelli Editore, 2007.
- MASCOLINI, A., *Project bond tassati al 12,5 % per tre anni*, in *Italia Oggi*, n.35, 17 agosto 2012.
- MATTALIA, M., *Il project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro Amministrativo (II)*, C.d.S, Giuffrè, n. 6, 2010, parte II, pagg. 1246 e ss.
- MATTALIA, M., *Project financing un istituto in continua evoluzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, Utet Giuridica, 2011, pagg. 1198 e ss.
- MAZZAMUTO, M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli Editore, 2001.
- MICHELOTTI, L. *Il project financing come peculiare strumento di finanziamento, caratteristiche tecnico-operative e prospettive di introduzione nel contesto italiano*, in Gori U., *Il project financing*, Bologna, DSE, 1999.
- MILL, J.S., *Saggio sulla libertà*, trad. it., Catanzaro, 2004, ( testo risalente al 1859).
- MONTI, M., *Una nuova strategia per il mercato unico, al servizio dell'economia e della società europea*, in <http://eur-lex.europa.eu>, 9 maggio 2010.
- NEVITT, PETER K., *Project financing*, trad. it. (a cura di) De Sury P., Bari, Laterza, 1987.
- PAVESI A., SAMBRI S.M., *Il project financing alla luce del terzo decreto correttivo dei contratti pubblici*, in Franchini C., Tedeschini F (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli Editore, 2009.
- PEZZI, C., *I profili civilistici del project financing*, in *Riv. trim. appalti*, 2002.
- PICOZZA, E., *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. Stato*, fasc. 4 (parte prima), 2002.
- PICOZZA, E., *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Torino, Giappichelli Editore, 2005.

- PICOZZA, E., *I contratti con la pubblica amministrazione*, in Franchini C. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Utet Giuridica, 2007.
- PLUCHINO, C., *Project financing alla luce delle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo 152/2008 e della determinazione 14 gennaio 2009 n.1 dell' autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Roma, Dike, 2009.
- PRESILLA, S., *Il project financing in Italia*, Milano, Le Fonti s.r.l., 2006.
- PROTTO, M., *Il project financing sotto la lente del giudice comunitario*, in *Urbanistica e Appalti*, Ipsa, n. 1, 2008, pagg. 35 e ss.
- RABITTI, G., *Project financing e collegamento contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, seconda edizione, 1996, pagg. 224 ss.
- RAGANELLI, B., *Project financing: prelazione del promotore, pubblicità e concorrenza*, in *Diritto e pratica delle società*, Il Sole 24 Ore, n. 21, 2005, pagg. 29-33.
- RAGANELLI, B., *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi?*, Torino, Giappichelli, 2006.
- RAGANELLI B., *Il project financing per il finanziamento di infrastrutture*, in *Partenariato pubblico-privato ed opere pubbliche in Europa*, atti del convegno, (Roma, 29 ottobre 2008).
- RAGANELLI B., *Procedure di affidamento del contraente e modelli di affidamento nei rapporti di partenariato pubblico privato*, atti del convegno, (Roma, 29 ottobre 2008).
- RAGANELLI, B., *Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.
- RANDAZZO, R., *Social Impact bond: un nuovo strumento per la finanza sociale*, in *Enti non profit*, Ipsa, n. 7, 2011.
- RICCHI, M., *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, pagg. 1385 ss.
- Robaldo, E., *Il contratto di disponibilità*, n. 5, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 3 maggio 2012.
- ROMANENGI, *Il decreto legge liberalizzazioni. Breve analisi di alcune modifiche introdotte dal D.L. Liberalizzazioni al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 503, 2012.
- ROLLI R., COMITE U., *Il project financing tra legislazione, dottrina e giurisprudenza amministrativa: verso tecniche di aziendalizzazione della pubblica amministrazione*, Roma, Aracne, 2008.
- RUSCONI, G., *Appalti pubblici: aggiornamento alla legge di stabilità 2012 e al decreto "Salva Italia"*, Milanofiori Assago, Utet Scienze Tecniche, 2012.
- RUSSO, TOMMASO V., *Profili civilistici del project financing. I soggetti e i procedimenti contrattuali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- RUSSO, TOMMASO V., *Il project financing*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri P., Napoli, 2007.
- RUSSO, TOMMASO V., MARCHETTI P., *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Napoli, Roma, Edizioni Scientifiche italiane, 2010.
- SALERNO M., LATOUR G., ARONA A., *Sì della Camera al decreto Sviluppo: guida a tutte le novità per imprese e professionisti*, in *Il Sole 24 Ore Edilizia e Territorio*, 26 luglio 2012.

## **infrastrutture, project financing e project bonds**

- SAMBRI, S.M., *Project financing: la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. Picozza, E. Gabrielli, *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2006.
- SCALIA, F., *Il project financing nel diritto amministrativo*, in <http://www.appaltiecontratti.it>.
- SCANO, D., *Project financing: società e impresa* (Quaderni di giurisprudenza commerciale), Milano, Giuffrè, 2006.
- SCOCA F.G., POLICE A., *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Rivista Trimestrale Appalti*, n. 24, 1997, pag. 9.
- SCOTTI CAMUZZI, S., *Il project financing nel settore pubblico e la legge "Merloni-ter"*, in Banca, Borse, tit. cred., 2002, I, pagg. 25 ss.
- SCURO N., SCURO U., "Esperienza e previsioni di project financing in Italia", in *Il Contratto a formazione progressiva*, Giuffrè Editore, 2009.
- SPINELLI D., VECCHIA P.L. (a cura di), *Opere pubbliche: le nuove modalità di realizzazione: project financing, leasing e sponsorizzazione: nuovi strumenti di gestione e ruolo degli enti finanziatori nel sostenere lavori infrastrutturali alla luce del codice dei contratti pubblici (D.lgs 163/2006) e della Legge finanziaria 2007*, Milano, Il Sole 24 ore, 2007.
- TAMBURI, G., *Come applicare il project financing alle opere "calde" e alle opere "fredde"*, in AA.VV.
- TULLIO, A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, Giuffrè, 2003.
- VACCÀ, C. (a cura di), *Il project financing. Soggetti, Disciplina. Contratti*, seconda edizione, Milano, Egea, 2002.
- VECCHI, V., *Investimenti pubblici: Project Finance o Finanza tradizionale?*, in *Economia e Management*, n.5, 2004.
- ZARBO, T., *Finanziamento di un progetto: tre modalità a confronto*, in *Amministrazione e Finanza*, Ipsoa, n. 12, 2011, pagg. 85 e ss.
- ZOPPOLATO M., *Il project financing*, in De Roberto A., *Commento agli art. 37 bis-37 quater*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni ter*, Milano, Giuffrè, 1999.
- ZOPPOLATO M., *Commento agli artt. 37 bis e ss.*, in *Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni quater)*, in AA.VV, Milano, Giuffrè, 2003.

### *Documentazione*

- AVCP- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, "Atto di regolazione 18 luglio 2000 n.34", "Atto di regolazione 5 luglio 2001 n. 14", in <http://www.autoritalavoripubblici.it>.
- AVCP- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, "Le linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del Terzo Correttivo", Determinazione del 14 gennaio 2009 n.1, in <http://www.autoritalavoripubblici.it>.
- UTFP-Unità Tecnica Finanza di progetto, "Il ricorso alla finanza privata per la realizzazione di opere pubbliche", in <http://www.utfp.it>, (Aprile 2002).

- UTFP-Unità Tecnica Finanza di progetto, “10 temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto”, in <http://www.utfp.it>, (Febbraio 2005).
- UTFP-Unità Tecnica Finanza di progetto, “La nuova finanza di progetto nel codice dei contratti”, in <http://www.utfp.it>, (Gennaio 2009).
- UTFP-Unità Tecnica Finanza di progetto, “Partenariato pubblico privato in Italia. Stato dell’arte, futuro e proposte”, in <http://www.utfp.it>, (Febbraio 2010).
- UTFP-Unità Tecnica Finanza di progetto, “Ultime modifiche in materia di finanza di progetto”, in <http://www.utfp.it>, (Gennaio-Marzo 2012).
- UTFP-Unità Tecnica Finanza di progetto, “Il mercato italiano del PPP nel 2011”, “Le misure proposte dal governo per favorire la bancabilità delle operazioni di PPP”, in <http://www.utfp.it>, (Aprile-Giugno 2012).
- UTFP-Unità Tecnica Finanza di progetto, News e approfondimenti sul PPP e Project finance: “Le misure a supporto del PPP nel nuovo Decreto Legge per le infrastrutture e lo sviluppo (Decreto legge 83/2012)”, in <http://www.utfp.it>, (Luglio-Settembre 2012).

### *Abstract*

*The Essay is focused on the recent legislative reforms on the issue of Project Finance of strategic Infrastructures and Public Works, along with the introduction in the Italian Legal System of the Project Bonds and of the Social Project Bonds and Social Impact Bonds. Following the so called “Decreto Sviluppo” D.L. n. 70/2011, have been implemented the “Decreto Salva Italia” (D.l. n. 201/2011, as emended by law n. 214/2011), the “Decreto Liberalizzazioni” (D.L. n. 1/2012 as emended by Law n. 27/2012) and the “Decreto Sviluppo” (D.L. n. 83/2012). These legislative provisions were adopted to increase the possibilities and the opportunities for Private Investors and Financial Institutions to fund the realisation of Strategic Infrastructures and Public Works and works of Social Interest in Italy. Along with a description of the legislative provisions and of the Administrative Procedures, the Essays outlines also the possible future developments in the difficult context of the Market and of the Italian Banking System.*



MARCO MAZZARINO

REGOLAZIONE DEI TRASPORTI E *AUTHORITY*:  
SPUNTI PER LA DEFINIZIONE  
DI UN MODELLO “COERENTE”

SOMMARIO: 1. Introduzione. Principi costitutivi dell'*Authority* dei trasporti. – 2. Le funzioni e gli ambiti di competenza. – 3. Problematiche di coordinamento istituzionale: cenni. – 4. Conclusioni e commenti critici.

**1. Introduzione. Principi costitutivi dell'*Authority* dei trasporti**

Lo scopo del presente lavoro è quello di dare una lettura critica delle iniziative legislative in materia di costituzione di una *Authority* per i trasporti. In particolare, vogliamo indicare alcuni spunti per interpretare e definire i lineamenti del sottostante “modello regolativo” alla luce dei principi prevalenti stabiliti dalla teoria economica, in modo tale da stabilire il grado di coerenza con gli stessi. Risulta fin troppo evidente come il percorso legislativo che ha portato alla costituzione dell'*Authority* dei Trasporti sia stato, storicamente, piuttosto controverso ed impervio. I primi tentativi risalgono alla metà degli anni Novanta, quando il tema delle autorità indipendenti si pose su impulso della Comunità Europea in materia di liberalizzazione delle *utilities*. La Comunità Europea aveva introdotto uno specifico modello di liberalizzazione del settore, in particolare nel comparto ferroviario, con la direttiva 1991/440, stabilendo il principio della separazione tra la gestione dell'infrastruttura di trasporto – da considerarsi un monopolio naturale – e la gestione del servizio – di fatto da aprire alla concorrenza. Su questi impulsi, in Italia prese corpo un progetto di legge sfociato nella l. n. 481/1995, che prevedeva l'istituzione di un'Agenzia di regolazione indipendente nei settori dell'energia elettrica, gas, poste e telecomunicazioni, trasporti e servizi idrici. Mentre concretamente altre Autorità vennero istituite, nel settore dei trasporti si preferì attribuire, parzialmente, le funzioni di regolazione – con DPR n. 184/2004 – all'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, adottando, dunque, un modello regolatorio “ministeriale”. Su tale

assetto regolativo la Commissione Europea ha quindi avviato nel 2008 una procedura di infrazione.

Nelle recenti legislature il Parlamento ha trattato varie volte il tema della regolazione nel settore dei trasporti. In particolare, il Governo ha presentato il ddl «Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi», quale atto che in qualche modo prevedeva un generale riordino delle autorità indipendenti e che è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 2 febbraio 2007. Tra le disposizioni previste vi è anche l'istituzione di un'Autorità dei Trasporti. Infine, con la legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (il c.d. "cresci Italia"), l'intera vicenda si conclude con l'istituzione della Autorità indipendente di regolazione dei trasporti (Tonetti, 2012). Tale iniziativa è stata quindi presa in carico dal governo tecnico, prima con il D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto "salva Italia") – all'art. 37 – ed infine con la legge di conversione n. 27/2012 che ha istituito direttamente l'Autorità dei trasporti, riconducendola all'ambito delle attività di regolazione di cui alla legge n. 481/1995.

## **2. Le funzioni e gli ambiti di competenza**

Il citato art. 37 definisce le funzioni attinenti alla nuova Autorità di regolazione. Tali funzioni possono essere classificate, di massima, sulla base delle seguenti tematiche:

- la regolazione dell'accesso per l'utilizzo delle infrastrutture di trasporto;
- l'utilizzo dello strumento dei bandi di gara, come modalità di accesso a determinati servizi di trasporto;
- la regolazione del "prezzo";
- la regolazione della qualità del servizio;
- le questioni attinenti agli oneri di "servizio pubblico";
- i diritti degli utenti.

Prima di affrontare criticamente nel dettaglio tali tematiche, vogliamo sottolineare come, in termini di approccio strategico, l'oggetto e lo scopo delle funzioni regolative previste dall'art. 37 appaiono chiari: si tratta di regolare, allo scopo di promuovere la realizzazione di forme concorrenziali, il funzionamento dei mercati sia nel settore dei servizi, dove come vedremo i connotati strutturali sono affatto limpidi, che in quello delle infrastrutture, dove gli indirizzi regolativi appaiono, in qualche modo, più chiari. Nel verso «dell'apertura alla concorrenza» ad esempio, va interpretato l'art. 37 quando

prevede condizioni di accesso eque e non discriminatorie «alle infrastrutture» «e alla mobilità dei passeggeri e delle merci...».

Il principio guida, l'assunto chiave della normativa, ampiamente discusso a livello scientifico, risulta essere quello della regolazione quale "miglior sostituto" della concorrenza (Ponti, 2001). In altri termini, il fine ultimo dell'ordinamento è quello di realizzare condizioni concorrenziali nel mercato dei servizi e delle infrastrutture di trasporto, in base all'assunto, dimostrato dal primo e secondo teorema fondamentale dell'economia del benessere, per cui un mercato concorrenziale realizza un ottimo sociale (paretiano), ossia è lo strumento per realizzare la massima efficienza sociale nel sistema (Laffont, J.J., 2005). Del resto, tale assunto è quello fatto proprio anche da gran parte della normativa comunitaria, in cui il principio concorrenziale costituisce l'ossatura giuridica. Come vedremo più avanti, alcuni dei nostri rilievi critici partono da questo equivoco di fondo: la realizzazione di un ottimo sociale viene resa possibile non tanto da forme di mercato genericamente "concorrenziali", bensì da strutture di mercato che rispettino, in tutto, il paradigma della "perfetta" concorrenza. Si deve trattare, in altri termini, non solo di forme concorrenziali ma di forme "perfettamente" concorrenziali, secondo gli assiomi del paradigma neoclassico della perfetta concorrenza. Come rileveremo più avanti, non sembra essere, questa, la tendenza concreta e reale dei mercati del trasporto che, di fatto, presentano connotati intrinseci non tanto di carattere concorrenziale, bensì di stampo oligopolistico.

In relazione all'*accesso all'infrastruttura*, l'Autorità garantisce «condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali, aeroportuali e alle reti autostradali». Più nel dettaglio, con riferimento al settore ferroviario, l'Autorità fissa «i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità» e verifica che nei bandi di gara non sussistano condizioni discriminatorie o che impediscano l'accesso al mercato a concorrenti potenziali (lett. f). Ancora, in modo più generico, al c. 2, lett. a, l'Autorità si occupa della definizione delle condizioni di accesso, richiamando la finalità di incentivazione della concorrenza.

In generale, il tema dell'accesso alle infrastrutture risulta essere un punto cardine di un corretto modello regolatorio. Come è noto, le infrastrutture di trasporto costituiscono una *essential facility* (Cervigni e D'Antoni, 2001), ossia un input necessario per la produzione di servizi di trasporto. In termini tecnici, si tratta di un input non duplicabile perché di fatto non rivale. Si tocca qui il problema generale della realizzazione di condizioni concorrenziali in situazioni di integrazione verticale. In particolare, il problema si pone quando a monte o a valle di mercati con connotati con-

correnziali sussiste una risorsa che ha le proprietà di input necessario e che non è conveniente duplicare. Il caso tipico è proprio quello delle reti di trasporto: la produzione di qualsivoglia servizio di trasporto impone il ricorso all'utilizzo dell'infrastruttura, per cui ogni soggetto produttore deve avere un accesso, attraverso la determinazione di un prezzo, non discriminatorio.

Per quanto concerne il comparto delle infrastrutture, sembra utile precisare che la regolazione delle condizioni di accesso include:

- il principio di non discriminazione, sulla base del citato concetto di *essential facility*;

- opportune regole, di cui diremo, di determinazione del prezzo (tariffa) e di controllo della qualità: in questo senso, vale il criterio della simulazione della concorrenza, nel senso che le “regole” stabilite devono risultare una “minaccia credibile”, al pari della “minaccia concorrenziale”.

A livello di dettaglio, ci sembra interessante rilevare come nell'art. 37 la questione dell'accesso all'infrastruttura venga specificata per diverse tipologie di infrastruttura, ponendo le basi per sviluppi innovativi e probabilmente critici – come ad esempio nel caso delle infrastrutture portuali.

Oltre a ciò, va ricordato come tra le condizioni di accesso, sia per le infrastrutture che per i servizi, vada ricompreso anche il principio dell'assegnazione competitiva (Demsetz, 1968). In generale, laddove la concorrenza “nel” mercato non è praticabile – e può essere questo il caso delle infrastrutture – e la scelta di un monopolio regolato appare corretta, vi è comunque la possibilità di migliorare il sistema regolatorio, ossia il disegno delle politiche – in termini di efficienza sociale – attraverso delle “leve” o “forze” competitive”: il sistema del *tendering* o *franchise bidding* (Laffont e Tirole, 1987; McAfee e McMillan, 1987; Riordan e Sappington, 1987) – ossia della concorrenza “per” l'accesso al mercato – è uno di questi strumenti (Armstrong e Sappington, 2005), che si configura come una forma di concorrenza tra monopolisti *potenziali* per l'aggiudicazione di un mercato di monopolio. È questo il motivo, richiamato dall'art. 37 in più parti, della costruzione degli schemi dei *bandi di gara*. Ad esempio, si stabilisce che l'Autorità predispone «gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva». Con specifico riferimento al settore autostradale, l'Autorità definisce «gli schemi di concessione da inserire nei bandi relativi alla gestione o costruzione», “gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni», nonché «gli ambiti ottimali di gestione delle tratta autostradali». L'altra forma di “leva” competitiva che può essere utilizzata – di cui daremo conto più avanti – è quella relativa al disegno della *yardstick competition*, che sta ad indicare una forma di concorrenza “per comparazione” tra monopolisti *effettivi*.

Appare, in effetti, di un qualche rilievo, preso atto dell'utilizzo dello strumento del *competitive tendering* quale strumento di "efficientamento" e di promozione della concorrenza nell'ambito dell'azione regolativa, la valutazione degli oggetti specifici dei bandi di gara considerati dall'art. 37. In particolare, nel caso del trasporto ferroviario regionale l'accento specifico a "concorrenti potenziali" in relazione alla "disponibilità del materiale rotabile" va ricondotto alla definizione di specifici contenuti dei bandi (nella fattispecie, la gestione degli *assets*) finalizzati alla progettazione di politiche pro-competitive, ossia di politiche esplicitamente poste in essere con lo scopo di favorire i *new entrants* e di "sfavorire" gli *incumbent*.

In riferimento al caso autostradale, sembra proprio di capire che l'utilizzo dei bandi di gara – con i contenuti previsti – debba fare riferimento solo alle nuove concessioni, esentando in tal senso i rapporti regolato-regolatore attuali. Sempre nel settore autostradale, appare di rilievo l'accento posto sugli "ambiti ottimali di gestione delle tratte" (lett. g), il che solleva un elemento, diremo innovativo, di non poco conto. In effetti, il tema della "dimensione" dei diversi segmenti autostradali che costituiscono la rete nazionale, gestiti dalle diverse società, non sembra, storicamente, essere mai stato collegato alla necessità di definire una "dimensione efficiente" economicamente. Ancora più paradossalmente, ci si potrebbe chiedere perché mai, dovendo guardare al criterio di economicità ed efficienza della gestione quale caposaldo di un impianto regolatorio, una rete autostradale debba necessariamente limitarsi ai confini nazionali. Ecco allora che la necessità di individuare una "dimensione efficiente" appare un elemento innovativo negli schemi dei bandi di gara e nelle nuove concessioni, finalizzato per l'appunto a raggiungere complessivamente una maggiore efficienza gestionale del sistema a rete.

In tema di *regolazione del prezzo* (tariffa), l'Autorità «definisce, se necessario, i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi» (lett. b), subordinatamente alla condizione che ciò risulti «necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi» (lett. b) e verificando la corretta applicazione da parte dei soggetti interessati dei criteri di determinazione di tariffe, canoni e pedaggi (lett. c). Più nello specifico, con riguardo al caso autostradale, si stabilisce per le nuove concessioni «sistemi di pedaggio basati sul metodo del *price-cap*», prevedendo l'approvazione delle proposte avanzate dall'Agenzia per le infrastrutture stradali ed autostradali in relazione alle variazioni tariffarie per le concessioni autostradali. Con riguardo al caso ferroviario, l'Autorità definisce «i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura». Ancora, in riferimento al

settore aeroportuale, l’Autorità predispone ed approva specifici modelli tariffari e la conseguente determinazione dei diritti da parte del gestore aeroportuale, verificandone l’applicazione da parte del gestore (lett. h).

In questo ambito, vogliamo innanzitutto notare come, al di là delle funzioni attribuite all’Autorità, non vi sia qui, come invece in precedenti iniziative normative, alcun riferimento a qualche “modello tariffario” specifico, da preferire rispetto alle finalità della regolazione<sup>1</sup>. Esemplificando, il precedente ddl del 2007 prevedeva la necessità di tariffe “eque” e “orientate” ai costi di una gestione efficiente, sulla base quindi di criteri diretti ad armonizzare, da un lato, le esigenze di una gestione economicamente conveniente da parte dell’operatore, e, dall’altro lato, gli obiettivi di politica generale, in particolare sociale. In altre parole, si dava un chiaro segnale di privilegiare un obiettivo “sociale” rispetto ad un obiettivo di mera efficienza in base a criteri privatistici. L’obiettivo quindi risultava quello della salvaguardia della gestione economica dell’impresa (tariffe orientate ai costi), evitando di incorrere in una perdita, e di puntare alla massimizzazione del benessere (o surplus) dell’utente (tariffe eque). Si tocca qui il tema della scelta del criterio/modello di tariffazione da adottare. La scelta, chiara, del precedente ddl era quella di optare per un criterio di “tariffazione al costo medio”, in quanto veniva riconosciuto all’operatore una “equa remunerazione del capitale investito”, ossia, in altri termini, l’applicazione del principio della remunerazione al “saggio normale di profitto” (*rate of return*).

Vogliamo notare come la definizione, in particolare delle tariffe (essendo canoni e pedaggi riferiti alle infrastrutture), venga prevista ove “necessario”, ossia laddove risulti «necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi». La qualificazione, alla luce dei principi economici, non appare di poco conto. Infatti, la definizione dei criteri tariffari da parte di un’autorità definisce il ruolo suo proprio – regolazione intesa come fissazione di regole ex ante – che si contrappone invece alla non necessità di “irregimentare” un mercato dei trasporti ove sussistano condizioni concorrenziali (per le quali si configurerebbe un approccio anti-trust). Il tema posto è quello dell’eventuale “superamento” delle funzioni regolatorie, tema assolutamente centrale nella letteratura economica (Armstrong e Sappington, 2006). In termini generali, la regolazione – resa necessaria dalla presenza di imprese *price-maker* – risulta essere uno strumento adatto sotto determinate condizioni (es. economie di

<sup>1</sup> Ciò vale sicuramente per il caso ferroviario ed aeroportuale, dove nulla si dice sul modello da adottare per la fissazione dei criteri, mentre vale parzialmente per il caso autostradale dove viene fatto riferimento al *price-cap*.

scala), e viene attuato per simulare le condizioni concorrenziali. L'obiettivo ultimo è l'operare di meccanismi concorrenziali. Dunque, quando tale obiettivo può essere realizzato senza un intervento regolativo, ossia quando la libera concorrenza (per definizione non regolata) è preferibile, sulla base di un rapporto costi-benefici, a situazioni di mercati regolati caratterizzati da un certo grado di monopolio (*firms with market power*), è corretto sollevare quel mercato da obblighi regolativi.

Il problema, rilevante, riguarda quindi la sussistenza o meno di condizioni concorrenziali nei mercati dei servizi di trasporto. La formulazione dell'art. 37, apparentemente piuttosto neutra ed inoffensiva, rappresenta, a nostro parere, una importante chiave interpretativa dell'intero assetto regolativo proposto. In effetti, il problema cruciale che si pone è: in quali mercati (o sotto-mercati) dei trasporti vigono condizioni – diremo realisticamente – sufficientemente concorrenziali? È, questa, una domanda che, gli economisti dei trasporti in particolare ed in parte gli economisti industriali, si sono fatti da tempo (Tucci, 2001) e su cui si continua a discutere. In termini molto didattici si può pensare di ricostruire l'intero settore dei servizi di trasporto utilizzando sostanzialmente i seguenti criteri (Mazzarino, 2006):

- modalità di trasporto (marittima, stradale, ferroviaria, ecc.);
- tipo di bene trasportato (passeggeri vs. merci);
- distanza percorsa (breve, media, lunga).

Le diverse combinazioni di tali criteri identificano l'universo dei servizi di trasporto (settori) realmente offerti sui mercati. Se valutiamo tali mercati alla luce della sussistenza di condizioni concorrenziali – o quanto meno contestabili – quali ad esempio la facilità di accesso, la presenza di economie di scala, il grado di interdipendenza tra gli attori, l'omogeneità del servizio offerto, ecc. arriviamo, a nostro parere, alla conclusione per cui gli unici settori con connotati sufficientemente concorrenziali appaiono essere quelli dell'autotrasporto, dei taxi e delle autolinee. Del resto nella nostra conclusione siamo ben confortati da analoghe considerazioni espresse da Baumol e Willig (1986), i “padri” della teoria della perfetta contestabilità. Gli autori stessi, infatti, rilevano che dopo «un entusiasmo iniziale con cui abbiamo descritto la contestabilità (...) ora riteniamo che l'autotrasporto delle merci, i trasporti fluviali e quelli passeggeri su autolinee siano di gran lunga più contestabili» di altri mercati del trasporto<sup>2</sup>.

Tutti gli altri mercati dei trasporti presentano delle condizioni di tipo non concorrenziale e, ciò che più rileva, di stampo oligopolistico. L'impatto

<sup>2</sup> Gli autori, in particolare, si sono occupati del comparto aereo.

di questa affermazione verrà valutato in conclusione del presente contributo, ma già da adesso appare come un elemento assolutamente centrale nella valutazione complessiva di un modello regolatorio.

A nostro parere, quindi, i casi di sussistenza di condizioni concorrenziali – dunque quelli che dovrebbero ricadere nei casi previsti alla lett. b – risultano sufficientemente esplicitabili, anche se è corretto sottolineare come il confronto tra concorrenza e monopolio (*competition vs. monopoly*) non possa essere risolto esclusivamente da un punto di vista strettamente teorico. Al contrario, è la teoria stessa (Armstrong e Sappington, 2005, 2006) che evidenzia come la valutazione comparata tra i due regimi di mercato dipenda da una serie di condizioni relative al contesto istituzionale di ogni singolo paese e da altri fattori “empirici”, rilevando quindi la necessità di un elevato grado di empirismo nelle analisi per poter essere messi in grado di adottare le politiche migliori nel contesto specifico.

Da questo punto di vista, dunque, ci pare di rilevare una nota dolente in relazione alle funzioni dell’Autorità previste nel settore dei taxi. In effetti, come rilevato sopra, tale settore appare, alla luce di un ragionamento economico – per quanto semplice – piuttosto rigoroso, come uno dei pochi settori che possano essere considerati “concorrenziali”. Al contrario, l’art. 37 stabilisce che l’Autorità «monitora e verifica la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità» inviando un «parere» a Comuni e Regioni che provvedono eventualmente ad adeguare il servizio. Dunque, nella sostanza, quello che risulta essere uno dei settori con maggiori connotati intrinseci di concorrenzialità viene, al contrario, sottoposto a fattispecie di “controlli regolatori” diremo piuttosto stringenti – sul livello di servizio, sulle tariffe e sulla qualità – come e forse più di altri comparti. Dal punto di vista delle funzioni e competenze, l’Autorità si limita qui tuttavia ad un monitoraggio, verifica ed invio di pareri. Il ruolo svolto da considerazioni di natura extra-economica sulla previsione normativa appare, in questo caso, sin troppo evidente per essere ulteriormente commentato.

Infine, sempre in tema di regolazione del prezzo, un ulteriore commento riguarda la previsione di un nuovo modello tariffario per il caso autostradale (il *price-cap*)<sup>3</sup>, che viene indicato solo in relazione alle nuove concessioni, non stabilendosi modifiche per i sistemi adottati dalle concessioni esistenti, e prefigurando quindi sistemi tariffari differenziati per le reti autostradali nazionali. Si tratta, comunque, di un riferimento importante, trat-

<sup>3</sup> Da intendersi come modello non bayesiano ad informazione limitata di regolazione del prezzo.



tandosi di un sistema tariffario di tipo incentivante orientato all'efficienza gestionale.

In tema di *qualità* dei servizi, l'art. 37 prevede che l'Autorità «stabilisce le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto (...) connotati da oneri di servizio pubblico» e, specificamente per il settore aeroportuale, l'Autorità «adotta le misure necessarie per consentire al gestore aeroportuale e agli utenti dell'aeroporto interessati di concludere un accordo sul livello di servizio» (lett. h). Tale previsione ribadisce il principio guida della regolazione come miglior sostituto della concorrenza, ossia, in questo caso, viene ribadita la necessità di “simulare”, attraverso la definizione di regole opportune, i meccanismi concorrenziali laddove, eventualmente, questi non siano già presenti. In particolare, l'obiettivo della qualità è rilevante: la qualità del servizio risulta essere un risultato “spontaneo” di un mercato concorrenziale, laddove, invece, tale risultato debba essere regolato (ossia la concorrenza debba essere simulata con il ricorso ad un insieme di regole), esso deve essere espressamente previsto e, a sua volta, oggetto di regole. In caso contrario, il produttore regolato che non venga sottoposto anche a norme inerenti il rispetto di determinati standard qualitativi si riterrà libero di non perseguire tale obiettivo fondamentale (Mazzarino, 2006).

Lascia tuttavia qualche elemento di perplessità l'espressa previsione della qualità del servizio solo in relazione a servizi caratterizzati da oneri di servizio pubblico, laddove il principio da noi suesposto ha valenza generale per le funzioni regolatorie<sup>4</sup>.

In tema di *servizio pubblico* l'art. 37 si riferisce, oltre alle fattispecie generali per cui prevedere degli standard minimi di qualità, al caso del caso del trasporto ferroviario, anche in relazione alla previsione di opportune modalità di finanziamento. È chiaro l'intendimento di ricomprendere tra gli obblighi di regolazione quei servizi che costituiscono il c.d. trasporto “pubblico”, ossia quei servizi gravati da oneri di servizio pubblico. È noto, al proposito, come tali tipologie di servizi evidenzino un connotato pubblicistico, che giustifica un contributo pubblico, in quanto esso viene imposto da ragioni di carattere politico (es. servire aree marginali) e non di carattere economico. La letteratura, anche non troppo recente (DelViscovo, 1980), ha dimostrato come in relazione al sistema dei trasporti non si possa parlare di un bene “pubblico”, sulla base dei criteri, stabiliti dalla teoria economica, di non rivalità e non escludibilità. Dunque, nessun intervento nel sistema può essere giustificato sulla base della “natura” pubblicistica del settore, bensì

<sup>4</sup>Vale ad esempio anche nel caso autostradale, nell'ambito dello strumento del *price-cap*.

esso può derivare esclusivamente da motivazioni di carattere politico in senso lato (es. equità). È questo il caso, appunto, del trasporto “pubblico”, ossia di quei servizi di trasporto che possono essere convenientemente prodotti da un punto di vista economico, ma ai quali vengono assegnati degli obiettivi di carattere “sociale” che li portano ad essere definiti di “pubblica utilità”. Si manifesta qui, a nostro parere (Mazzarino, 2006), un caso “atipico” di fattispecie di fallimento del mercato che porta ad interventi regolativi: la mancata realizzazione di condizioni concorrenziali è dovuta non tanto a connotati intrinseci del settore di carattere economico (es. presenza di economie di scala) bensì proprio dall’assegnazione “politica” di obiettivi sociali. Come noto, prevedendo un sistema di sovvenzioni per la fornitura di tali tipologie di servizi ci si scosta dal principio concorrenziale (prezzo pari al costo marginale), e dunque si genera nel sistema una perdita di efficienza paretiana (benessere sociale), perdita che tuttavia viene giustificata proprio in relazione all’obiettivo sociale.

Dall’art. 37 risulta evidente, in senso generale, un fatto: è certo che bisogna assoggettare a regolazione, dando per scontati gli usi infrastrutturali, determinati servizi di trasporto per motivazioni che rientrano nella sfera “politica” e non economica. In altri termini: l’assoggettamento alla regolazione di certi servizi piuttosto che di altri non deriva qui dall’analisi economica relativa alla sussistenza di condizioni concorrenziali (più o meno marcate) in quei mercati, quanto piuttosto riguarda quei servizi a cui viene assegnato politicamente un obiettivo di carattere sociale.

In tal senso, si prevede, crediamo presumendolo come elemento dei bandi di gara, la definizione degli “ambiti del servizio pubblico sulle tratte”, nonché le modalità di finanziamento, rendendo esplicita la necessità, da un lato, di utilizzare lo strumento della sussidiatura, e, dall’altro lato, di rendere “efficiente” l’utilizzo di tale strumento. Più in particolare, nel rilevare la necessità di analizzare periodicamente l’efficienza della gestione, anche con riferimento alle esperienze di altri paesi, par proprio che ci sia un riferimento alla c.d. “concorrenza per comparazione”, incarnata nello strumento della *yardstick regulation*<sup>5</sup>.

Si fa poi espresso riferimento ai *diritti degli utenti*, per i quali l’Autorità individua “il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto”. Ciò rileva soprattutto sotto il profilo culturale, nel senso che fa assurgere nel nostro paese la categoria degli “utenti”

<sup>5</sup> Il che si concretizza poi con l’invio di una relazione dell’Autorità al Governo e Parlamento.

del servizio a categoria degna di attenzione giuridica, mentre come è noto – e ciò vale in modo rilevante per il settore dei trasporti – le categorie che tradizionalmente hanno ricevuto tale attenzione siano state quelle dei produttori e dei lavoratori.

### **3. Problematiche di coordinamento istituzionale: cenni**

Vogliamo ulteriormente, e brevemente, mettere in rilievo la portata della previsione legislativa oggetto di analisi per quanto riguarda le funzioni previste in capo all’Autorità in relazione alle funzioni in qualche modo collegate esercitate da altre amministrazioni. In effetti, la costituzione dell’Autorità va ad incidere su tali funzioni (Tonetti, 2012), mentre l’art. 37 non si preoccupa di prevedere un complessivo riordino delle amministrazioni coinvolte<sup>6</sup>. Rispetto al livello centrale, ad esempio, in cui rilevano le funzioni svolte dal Cipe e dal Ministero delle infrastrutture, l’Autorità va ad assorbire parecchie delle funzioni svolte da tali organi. Per un altro verso, alcune delle funzioni previste dall’art. 37 vengono mantenute anche in capo a Cipe e Ministero – in particolare in tema di contratti di programma e dei “profili di finanza pubblica” – determinando una situazione di estrema delicatezza nei rapporti tra le amministrazioni.

Un ulteriore elemento critico sembra essere il rapporto tra l’Autorità e l’Agenzia per le infrastrutture stradali ed autostradali, con riferimento, ad esempio, alle funzioni relative alla definizione degli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara ed all’elaborazione della proposta in materia di regolazione e variazioni tariffarie. L’art. 37, c. 4, in tal senso, prevede che tali funzioni «possono essere contestualmente esercitate» dall’Agenzia. Risulta anche di rilievo l’impatto delle funzioni previste per l’Autorità sull’attività dell’Enac e, come già accennato, delle Autorità Portuali (in riferimento ai criteri di accesso alle infrastrutture e determinazione dei prezzi).

In generale, risulta problematica la definizione delle funzioni relative alla definizione dei prezzi e dei contratti di programma: nella misura in cui l’Autorità si limita alla fissazione di “criteri di determinazione” dei prezzi non sembra si possano configurare particolari criticità, mentre alquanto critico appare il rapporto con enti quali l’Agenzia per le infrastrutture e l’Enac laddove l’Autorità debba approvare la regolazione dei pedaggi autostradali e

<sup>6</sup> Sicuramente, ad esempio, in campo ferroviario la soppressione dell’Ufficio di regolazione dei servizi ferroviari non appare sufficiente per evitare duplicazioni.

dei diritti aeroportuali, prerogative dei contratti di programma e delle convezioni definite da organismi diversi.

Ulteriori cenni di rilievo riguardano il rapporto con altre Autorità indipendenti – in particolare, l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) e l’Agcm – e con gli enti territoriali. È su questo ultimo punto che si ravvisano i più probabili punti di contatto (Tonetti, 2012). In effetti, è proprio con riferimento a tali rapporti che si nota un elevato grado di trasversalità delle funzioni attribuite all’Autorità rispetto a quelle previste per gli enti territoriali, stante il fatto che tali enti hanno tradizionalmente ampie competenze in tema sia di infrastrutture che di servizi nel campo dei trasporti.

Infine, un accenno va fatto a riguardo dei rapporti tra l’Autorità e altre amministrazioni sovranazionali, in particolare l’Unione Europea. Appare fin troppo evidente come il settore dei trasporti sia un elemento di primo piano in tutte le politiche europee e sia stato declinato sia a livello settoriale (settore ferroviario, portuale, stradale, aeroportuale, ecc.) che in relazione alle varie tematiche legate, ad esempio, alla determinazione dei prezzi e del finanziamento e dell’accesso alle infrastrutture, per citarne alcune che possono essere riferite alle funzioni previste per l’Autorità. In questo senso, dunque, appare ineludibile il richiamo a forme di collaborazione tra il livello nazionale e quello europeo, sia nella definizione delle normative che per la loro applicazione.

#### **4. Conclusioni e commenti critici**

Sicuramente la costituzione dell’Autorità dei trasporti completa il sistema delle funzioni regolatorie nei diversi comparti, ponendosi l’obiettivo di una maggiore apertura al mercato nel settore dei trasporti al fine di realizzare un maggior grado di efficienza del sistema. Da un punto di vista istituzionale, alcune questioni spinose rimangono tuttavia sul tavolo, soprattutto in tema di delimitazione degli ambiti di competenza rispetto ad altre amministrazioni. In questo senso, come già sottolineato, va rilevata la mancata previsione di un generale disegno di riordino delle strutture e delle competenze degli organismi del settore in modo coerente con le funzioni previste per l’Autorità (Tonetti, 2012). Oltre a ciò appare evidente come la costituzione dell’Autorità scontri forti resistenze, sia di natura politica che legate alla burocrazia ministeriale, nonché da parte dei vari operatori *incumbent*. Va anche detto che lo stesso “modello” basato su un’Autorità non vede una grossa diffusione a livello europeo, salvo pochi casi come quello tedesco.

Ad un livello più sostanziale, vogliamo rimarcare una valutazione critica sull'intero approccio adottato dal D.L. che, del resto, è lo stesso che ha ispirato la politica europea e quella nazionale. Come già sottolineato, il principio fatto proprio è quello per cui l'efficienza nella fornitura dei servizi di trasporto e la loro efficacia dipende dal raggiungimento di condizioni concorrenziali, superando posizioni di carattere monopolistico. In altri termini, solo l'impianto concorrenziale è in grado di generare concreti benefici per il sistema e dunque la realizzazione di regimi concorrenziali rappresenta l'obiettivo ultimo del regolatore. Il principio è quello della regolazione come miglior sostituto della concorrenza: è necessario, dove possibile, lasciare operare le condizioni concorrenziali, intervenendo laddove sussistano degli "ostacoli", incarnati, su di un piano teorico, dai c.d. fallimenti del mercato.

Da un punto di vista regolativo, sappiamo come sia necessario tener presente che il sistema dei trasporti si compone del settore delle infrastrutture e di quello dei servizi. Il primo, con buona approssimazione, può essere ricondotto a forme di monopolio naturale, anche se va sottolineato come, in un panorama globalizzato, anche tale settore presenti situazioni più complesse che portano a configurare situazioni di stampo oligopolistico<sup>7</sup>. Per il settore dei servizi, come già sottolineato, vige la convinzione della sussistenza di condizioni concorrenziali, per cui di fatto vengono suggerite opportune politiche di liberalizzazione<sup>8</sup>. Il problema concreto che poniamo, e a cui abbiamo già accennato, sta proprio qui: è vero tale "assioma"? Da un'analisi abbastanza superficiale emerge la consapevolezza che anche nel settore dei servizi sussistono condizioni di carattere non concorrenziale, salvo i casi ricordati, a nostro parere, dell'autotrasporto, dei taxi e delle autolinee. Il punto è: quali regimi di mercato risultano prevalenti nel settore dei servizi di trasporto? E soprattutto: quali sono gli strumenti di intervento più opportuni, sempre nell'ottica del raggiungimento dell'ottimo sociale? È ragionevole affermare, con Tucci (2001), che l'edificio della concorrenza che si sta faticosamente costruendo a livello nazionale ed europeo, sia minato fin dalle fondamenta?

Se analizziamo i diversi comparti del trasporto ci accorgiamo di una serie di segnali piuttosto chiari (Mazzarino, 2006):

- il numero delle imprese appare tradizionalmente limitato;
- le interdipendenze tra di esse piuttosto forti;

<sup>7</sup> Si pensi alla concorrenza in particolare tra infrastrutture nodali (porti, aeroporti, ecc.)

<sup>8</sup> Salvo il caso, discusso, relativo al connotato di "servizio pubblico", tale da giustificare un sussidio.

- il servizio offerto non è omogeneo, ma tende a varie forme di differenziazione.

Sono questi chiari segnali della presenza di condizioni di stampo oligopolistico, per cui l'utilizzo del termine concorrenza appare senz'altro fuorviante<sup>9</sup>. Appare, in altri termini, una tendenza diremo "strutturale" del sistema dei servizi (e forse non solo) verso forme oligopolistiche. Alcuni autori, in riferimento a mercati con poche imprese e prodotti differenziati, hanno suggerito il concetto di "eteropolio", con l'aggiunta dell'aggettivo "circolare" se il grado di interdipendenza tra le imprese risulta elevato. Da questo punto di vista, possiamo senza dubbio affermare che, oggi, quando si parla di "concorrenza tra sistemi di trasporto" si intende in effetti parlare di regimi di "eteropolio circolare". Qualcuno (Farris, 1969) ha fatto notare come gli economisti, piuttosto che sviluppare le loro indagini partendo da queste chiare evidenze, e dunque promuovendo l'utilizzo di strumenti appositi di analisi e di *policy*, si siano rifugiati nel più sicuro appello ad una "maggiore concorrenza". Ciò che vogliamo sottolineare è che il perdurare di una concezione della regolazione come miglior sostituto della concorrenza, a fronte di una realtà economica che evidenzia una strutturale tendenza verso forme oligopolistiche, non è un gioco a somma zero ed un mero esercizio teorico: il rischio concreto è quello di non massimizzare il benessere sociale, e quindi di vanificare l'essenza e finalità di ogni azione di *policy*. In particolare, proprio a causa di tale mancata consapevolezza, la "sfrenata" promozione della concorrenza nei diversi comparti del trasporto porta con forte regolarità ad un *rafforzamento* delle posizioni oligopolistiche<sup>10</sup>.

Il punto cruciale è questo: sicuramente il passaggio da forme di carattere monopolistico (più o meno spiccato) a forme più latamente concorrenziali può essere favorito, ma è necessario essere consapevoli, innanzitutto, di come il paradigma di riferimento sia un modello strettamente teorico, basato su un numero molto stringente di ipotesi ed assiomi che di fatto mai si ritrovano nella realtà economica. Nella realtà, come detto, si rileva una in-

<sup>9</sup> In generale, nella normativa, e non solo, i termini "concorrenza" ed "efficienza" vengono di fatto utilizzati in termini di linguaggio comune, piuttosto che in senso rigoroso: per concorrenza si intende una generica azione di liberalizzazione e di apertura del mercato – piuttosto che nel senso rigoroso di "concorrenza perfetta" – mentre il termine efficienza evoca più che altro un richiamo alla riduzione di costi e consumi, invece che il concetto, rilevantisimo teoricamente, di efficienza "sociale" o paretiana, intesa come benessere sociale.

<sup>10</sup> Si pensi a numerosi settori, come quello ferroviario ed aereo dominati ancora a livello nazionale da imprese monopolistiche ed a livello europeo da cartelli di imprese.

contestabile tendenza, quasi “genetica”, verso forme di oligopolio, e dunque è necessario prender atto che il passaggio da regimi monopolistici a regimi “concorrenziali” non può essere un passaggio immediato e diretto, ma sconta uno *step* intermedio dato dalla presenza di condizioni oligopolistiche, che, dunque – è questo il punto – vanno affrontate di per se stesse con gli opportuni strumenti. Del resto anche la letteratura (Armstrong e Sappington, 2006) mette in evidenza come la scelta tra monopolio e concorrenza non sia semplice, soprattutto in condizioni di imperfetta informazione. E, ciò che più conta, si evidenzia come il cammino dal monopolio alla concorrenza sia un cammino tortuoso che viene a dipendere crucialmente dal contesto istituzionale, storico ed economico di riferimento. Ragion per cui si afferma con forza, al fine di proporre delle politiche di liberalizzazione realmente efficaci, la necessità di un approccio empirico. Infatti, i modelli teorici (bayesiani e non) prevedono il coordinamento tra agenti (in conflitto) sulla base di determinate condizioni, sotto le quali una delle forze economiche viene a prevalere. Nella realtà, invece, non vi è una chiara evidenza di quali forze economiche tendano a prevalere, in quanto ciò viene a dipendere dal contesto specifico.

In ciò un elemento di valutazione dell'intero approccio del d.l.: la promozione *tout court* della concorrenza non porta direttamente alla realizzazione di tale regime di mercato, in quanto l'evidenza empirica dimostra che essa porta verso forme oligopolistiche. C'è chi potrebbe vedere, in questo, un elemento fortemente negativo di valutazione del decreto: se la promozione della concorrenza porta a situazioni di oligopolio, il d.l. può risultare fuorviante o addirittura dannoso, in quanto non ha in sé previsto alcun strumento adatto a regimi oligopolistici. In altri termini: il risultato dell'impianto del decreto non è la concorrenza, bensì l'oligopolio, ma di ciò non c'è consapevolezza nello stesso, per cui si prefigurano elementi di rischio. Noi vogliamo dare un contributo costruttivo: il raggiungimento di condizioni oligopolistiche non necessariamente deve rappresentare un fatto drammatico, ma è necessario, come detto, essere consapevoli di ciò e prevedere una serie di strumenti adatti a gestire tali situazioni, in particolare per valutare gli effetti sul sistema in termini di benessere sociale. Ben sanno gli economisti qual è stato l'impatto dello studio dell'oligopolio rispetto all'impianto neoclassico della perfetta concorrenza e del monopolio – in termini di principi, strumenti, ecc. Oggi, nel settore dei trasporti, è necessario, con coraggio, abbandonare la sicurezza dello slogan della concorrenza come medicina di tutti i mali – come lo slogan della nazionalizzazione del settore lo fu nel secolo scorso – e mettere in campo nuovi strumenti di analisi e di *policy* tipici di mercati oligopolistici.

*Bibliografia*

- Armstrong, M. e Sappington, D.E.M. (2005) Recent development in the theory of regulation. In *Handbook of Industrial Organization, Vol. III*, Mark Armstrong and Robert Porter, eds. Amsterdam: North Holland.
- Armstrong, M. e Sappington, D.E.M. (2006) Regulation, competition and liberalization. *The Journal of Economic Literature*, vol.44, No. 2, June, 325-366.
- Baumol, W.J. e Wittig, R.D. (1986) Contestability: developments since the book. Research Report, n.85-01, New York University.
- Cervigni, G. e D'Antoni, M. (2001) *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*. Carocci ed., Roma.
- Demsetz, H. (1968) Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics* 11:1, 55-65.
- Laffont, Jean-Jacques (2005) *Regulation and development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Laffont, Jean-Jacques e Tirole, Jean (1987) Auctioning incentive contracts. *Journal of Political Economy* 95 :5, 921-937.
- Mazzarino, M. (2006) *Trasporti e regolazione*. Ed. Franco Angeli, Milano.
- McAfee, R. P. E McMillan, J. (1987) Competition for agency contracts. *Rand Journal of Economics* 18:2, 296-307.
- Ponti, M. (2001) Le priorità per la regolazione dei trasporti in Italia. 42° Corso Internazionale ISTIEE, Trieste 10-14 settembre.
- Riordan, M. e Sappington, D. (1987) Awarding monopoly franchises. *American Economic Review* 77:3, 375-387.
- Tonetti, A. (2012) L'Autorità di regolazione dei trasporti, *Giornale di diritto amministrativo* 6/2012, 589-604.
- Tucci, G. (2001) La concorrenza nei trasporti aerei può essere veramente stabile? 42° Corso Internazionale ISTIEE, Trieste 10-14 settembre.

*Abstract*

*The paper contributes to the current debate about the establishment of the Transport Authority in Italy by carrying out a critical analysis of recent legal provisions. In particular, it focuses on the art. 37 of D.L. 201/2011 which defines the main functions of the new established Authority. The aim is to compare the new legislation with the underlining scientific paradigms so as to determine the type of "regulation model" adopted. Subsequently, some conclusions are drawn in order to assess whether such a model turns out to be coherent with the underlining theory. In particular, some critical issues are raised which are capable to determine negative effects in terms of social efficiency.*



ANNAMARIA DE MICHELE

## LA VALORIZZAZIONE DEI BENI PUBBLICI NELLE DINAMICHE DEL GOVERNO DEL TERRITORIO

SOMMARIO: 1. Beni pubblici e governo del territorio. – 2. Dismissione, valorizzazione, razionalizzazione dei beni pubblici. – 3. Le politiche di dismissione e valorizzazione dei beni pubblici ed i loro riflessi sul governo del territorio. – 4. Il tema delle regole. – 5. Il tema degli strumenti. – 6. I beni pubblici nelle dinamiche del federalismo demaniale. – 7. Il caso dell’Arsenale di Venezia: il trasferimento dallo Stato al comune di Venezia. – 8. Considerazioni conclusive.

### 1. Beni pubblici e governo del territorio

Il tema dei beni pubblici<sup>1</sup> interseca quello del governo del territorio da parte delle regioni e degli enti locali<sup>2</sup>, vivendo in stretto rapporto con la

<sup>1</sup> Sul tema si vedano, tra i moltissimi contributi, in particolare gli studi di: G. Zanobini, *Dei beni appartenenti allo Stato, agli Enti pubblici e agli Enti ecclesiastici*, in *Codice civile. Libro della Proprietà*, Commentario diretto da M. D’Amelio, Firenze, Barbera, 1942; A.M. Sandulli, voce *Beni Pubblici*, Enc. Dir., V, Milano, Giuffrè, 1959; M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963; S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1969; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983.

Più di recente si vedano i contributi di: M. Arsì, *I beni pubblici*, in, Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. Cassese, Diritto amministrativo speciale, II, Milano, Giuffrè, 2003, 1705; M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004, 67; Id., voce *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano, Giuffrè, 2006, 714 ss.; M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo*, Padova, Cedam, 2005; B. Tonnoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008; L. Mercati, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, Giappichelli, 2009.

Di grande interesse sono altresì alcuni lavori collettanei quali: U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2007; A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008; G. Colombini (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>2</sup> F. Martini, *Beni pubblici e governo del territorio. Criticità e prospettive aperte dalla nuova configurazione delle società di trasformazione urbana*, in *La nozione flessibile di proprietà pubblica*, cit., a cura di G. Colombini, Milano, Giuffrè, 2008, 197 ss.

gestione degli spazi urbani ed *extra* urbani, condizionandola ed essendone condizionato. In un'ottica che considera il «“governo del territorio” come “politica di coordinamento di ciò che sul territorio si fa”» e quindi come «l'insieme delle attività coordinate aventi incidenza sullo stato e sugli equilibri del territorio in funzione della promozione dello sviluppo del sistema locale, regionale e nazionale che sia»<sup>3</sup>, la disciplina dei beni pubblici, che comprende anche le scelte che attengono alla loro gestione, avendo riflessi immediati sulle trasformazioni dei beni stessi e dei contesti territoriali nei quali si inseriscono, finisce con l'essere attratta nell'orbita di questa materia<sup>4</sup>.

Una conferma può trarsi già dall'art. 7, l. 17 agosto 1942, n. 1150, come modificato dalla l. 11 novembre 1986, n. 765, il quale prevede che il piano regolatore generale deve considerare la totalità del territorio comunale. Tale principio è stato ribadito anche dall'art. 80, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, secondo cui «Le funzioni amministrative relative alla materia “urbanistica” concernono la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente».

Sennonché, per lungo tempo è prevalso il principio per i cui i beni pubblici, demaniali e patrimoniali indisponibili, fossero in linea di principio sottratti al potere pianificatorio dei comuni. Una prima apertura in senso contrario può farsi risalire alla sentenza del Cons. St., ad. plen., 2 febbraio 1963, n. 1, la quale ha statuito che, fino a quando il bene abbia una destinazione inerente alla particolare funzione che il demanio (nel caso di specie il demanio marittimo) svolge, esso rimane soggetto alla sola disciplina della competente autorità statale. Laddove, invece, la destinazione del bene coinvolga anche interessi di natura diversa e non tutti di esclusiva pertinenza dello Stato, quali gli stabilimenti industriali o balneari costruiti dai privati, che non rappresentano un mezzo necessario per il raggiungimento del fine specifico per il quale la demanialità ha fondamento, la concessione (nel caso

<sup>3</sup> T. Bonetti, *Diritto del governo del territorio in trasformazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 49, che richiama S. Amorosino, *Il “governo del territorio” tra Stato regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 3, II, 78.

Sempre attuali sono le parole di Feliciano Benvenuti, secondo cui «L'evoluzione del concetto di pianificazione urbanistica [...] ha dunque portato a ciò che oggetto della pianificazione non viene più considerato l'assetto edilizio del territorio [...] scopo ultimo del piano regionale è il raggiungimento dell'equilibrio fra popolazione, economia e territorio» in *Economia Trentina*, 1956, 51 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Vita e Pensiero, Milano, Giuffrè, 2006, 1459-60.

<sup>4</sup> Il tema è stato oggetto di approfondimento nel lavoro di M. Casanova, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, Giuffrè, 1986, 7 ss.

## la valorizzazione dei beni pubblici

di specie dell'autorità marittima) ha un contenuto permissivo, residuando al comune il potere di imporre la disciplina urbanistica<sup>5</sup>.

Come sarà di seguito illustrato, nel tempo il principio sopra detto ha subito ulteriori temperamenti, e si è evoluto nel senso di favorire la valorizzazione di forme di cooperazione tra le pubbliche amministrazioni coinvolte, nel tentativo di garantire una maggiore partecipazione dei comuni alle scelte attinenti alla realizzazione o alla gestione dei beni pubblici aventi riflessi di carattere urbanistico.

La possibilità per il comune di esercitare il proprio potere pianificatorio parrebbe connotarsi di differenti sfumature in relazione alla tipologia dei beni pubblici interessati, riservati o a destinazione pubblica.

Quanto ai beni c.d. riservati<sup>6</sup>, fermo restando che «il governo delle trasformazioni strutturali [...] nella loro globalità è riservato all'autorità preposta alla loro amministrazione»<sup>7</sup>, il comune deve essere posto in condizione di interloquire sulle scelte che attengono alla realizzazione di opere da parte di soggetti pubblici o privati su aree demaniali che ricadono sul suo territorio. Tanto è vero che le norme urbanistiche che disciplinano le caratteristiche degli interventi edilizi e il loro rapporto con il territorio circostante (tali sono le norme «circa le distanze, le altezze, il rapporto dei singoli interventi con le opere di urbanizzazione, ecc.»<sup>8</sup>) sono applicabili anche alle

<sup>5</sup> Si vedano sul punto le osservazioni di S. Licciardello, *Demanio marittimo e autonomie territoriali*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008, 268. La sentenza dell'Adunanza plenaria fu immediatamente avversata da Cass., sez.un., 18 febbraio 1965, n. 274, secondo la quale gli interessi estranei al demanio marittimo, appartengano essi ad altre amministrazioni dello Stato o ad altri enti territoriali minori o a soggetti pubblici o privati, debbono essere valutati dall'amministrazione marittima.

<sup>6</sup> Tali «sono [i beni] attribuiti dalla legge allo Stato in appartenenza necessaria (nella meno recente dottrina si parlava di “demanio necessario dello Stato”). Ciò significa che tali beni (qui intesi come cose in senso giuridico) non possono essere oggetto di rapporti giuridici dominicali imputati a soggetto giuridico diverso dallo Stato (o dall'ente indicato dalla legge come titolare necessario del bene). Tutti i soggetti dell'ordinamento, salvo quello indicato dalla legge, sono privi di legittimazione in ordine alla titolarità di rapporti di questo tipo aventi ad oggetto codeste cose» (V. Cerulli Irelli, *Beni Pubblici*, in *D. disc. pubbl.*, II, Torino, Utet, 1987, 273 ss., che richiama S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., Milano, Giuffrè, 1968, 72 ss.). Si v. anche A. Pajno, *Dei beni appartenenti allo Stato e agli enti pubblici*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di C. Ruperto, Milano, Giuffrè, 2011, 93 ss.

<sup>7</sup> V. Cerulli Irelli, *Beni Pubblici*, cit., 273 ss.

<sup>8</sup> Tali sono i beni necessari per lo svolgimento di pubbliche funzioni o di servizi, a ciò destinati con decisione dell'autorità competente. Una volta che la destinazione è in concreto realizzata, il bene acquista la qualità di bene pubblico, e viene assoggettato alla relativa disciplina (V. Cerulli Irelli, *Beni Pubblici*, cit., 280 ss.). Si vedano ancora sul tema gli scritti di E.

trasformazioni che hanno a oggetto beni pubblici, con conseguente necessità di verificare la loro rispondenza ad esse<sup>9</sup>. In ciò stava la *ratio* dell'art. 10, l. 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge ponte), che aveva introdotto il c.d. controllo di conformità dell'opera con le previsioni dello strumento urbanistico da parte dell'amministrazione statale, d'intesa con la regione e sentito il comune del territorio interessato.

Nel sistema del testo unico dell'edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), l'attività edilizia delle pubbliche amministrazioni statali risulta non soggetta al rilascio del titolo edilizio da parte del comune, secondo il principio enunciato dall'art. 7. Ciò vale, ad esempio, per la realizzazione di opere pubbliche che devono essere eseguite da parte di amministrazioni statali o comunque insistenti su aree del demanio statale, e di opere pubbliche di interesse statale da realizzarsi dagli enti istituzionalmente competenti, ovvero da concessionari di servizi pubblici, su area demaniale<sup>10</sup>.

Tali opere sono comunque subordinate al previo accertamento di conformità di cui all'art. 2, d.P.R. 18 aprile 1994, n. 383. Questo ha previsto che le opere di cui sopra siano soggette ad un accertamento di conformità con le prescrizioni urbanistiche e edilizie degli strumenti urbanistici comunali, che spetta allo Stato d'intesa con la regione interessata, entro sessanta giorni dalla richiesta da parte dell'amministrazione statale competente<sup>11</sup>. Tale ac-

Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1937, 70 ss.; S. Cassarino, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1962, 31 ss.

<sup>9</sup> La norma ha in sé un elemento di novità, che è ben evidenziato nelle parole di M. Casanova, *Demanio marittimo e poteri locali*, cit., Milano, Giuffrè, 1986, 48: «È chiaro che l'effettiva conseguenza e quindi, in un certo senso, l'aspetto rivoluzionario della norma introdotta dalla legge ponte non stava nella previsione della emanazione di due provvedimenti amministrativi, la licenza edilizia e la dichiarazione di non contrasto a seconda del tipo di intervento urbanistico-edilizio da realizzarsi sulle aree demaniali, ma nell'aver definitivamente incluso tali aree, segnatamente quelle marittime, nell'ambito del potere pianificatorio urbanistico comunale al quale erano, fino ad allora, rimaste estranee».

<sup>10</sup> Secondo Tar Toscana, sez. III, 19 luglio 2002, n. 1561, reperibile in *Foro amm. TAR*, 2002, 2453, la competenza urbanistica del comune non può mettere nel nulla le competenze dello Stato su beni del demanio statale: pertanto lo strumento urbanistico adottato dal comune ostativo ad opere di consolidamento statico di immobili del demanio statale insistenti su suolo di proprietà statale recede a fronte a quanto previsto dall'art. 81, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 il quale dispone che per le opere da eseguirsi da amministrazioni statali l'accertamento della conformità alle prescrizioni urbanistiche è fatto d'intesa con la regione, la quale deve sentire l'ente locale.

<sup>11</sup> L'art. 2, d.P.R. n. 383/1994 esclude espressamente le opere destinate alla difesa militare per le quali vale una disciplina *ad hoc*. Per le opere militari (tra cui le caserme, pur se ubicate nell'ambito urbano) tutte le competenze di programmazione, localizzazione, progettazione, esecuzione e controllo, sono di esclusiva pertinenza dello Stato, con esclusione di

## la valorizzazione dei beni pubblici

certamento non implica alcuno spostamento in favore dello Stato delle competenze comunali e regionali in ordine all'approvazione degli strumenti urbanistici. La natura meramente dichiarativa dell'accertamento, nel senso che presuppone la coincidenza di destinazione tra l'opera da allocare e la conforme destinazione urbanistica, comporta che esso possa essere svolto anche senza la partecipazione del comune, non incidendo sull'ordine delle competenze stabilite in materia di pianificazione urbanistica.

Il ruolo del comune è recuperato nel caso in cui l'accertamento di conformità dia esito negativo quando l'opera non è conforme a quanto previsto dalla strumentazione urbanistica, oppure se l'intesa tra lo Stato e la regione interessata non si perfeziona entro il termine stabilito. La procedura che ne deriva è molto complessa. Per queste ipotesi, è prevista la convocazione di una conferenza di servizi finalizzata ad approvare la deroga allo strumento urbanistico comunale<sup>12</sup>, alla quale partecipano la regione e, previa deliberazione degli organi rappresentativi, il comune o i comuni interessati<sup>13</sup>, nonché le altre amministrazioni dello Stato<sup>14</sup>. L'approvazione del progetto, in questi casi, sostituisce a ogni effetto gli atti di intesa, i pareri, le concessioni, anche edilizie, le autorizzazioni, le approvazioni, i nulla osta, previsti da leggi statali e regionali, e comporta anche l'approvazione delle necessarie varianti degli strumenti urbanistici. Se una o più amministrazioni, compreso il comune, esprimono il proprio dissenso nell'ambito della con-

qualsiasi competenza o intervento delle regioni o degli enti locali (cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 10 ottobre 2011, n. 2412, reperibile in *Foro amm. TAR*, 2011, 10, 3057). Sul tema si veda anche F. Marzano, *Sulle operazioni di cessione di "beni immobili comunque in uso all'amministrazione della difesa non più utili ai fini istituzionali"* in *La nozione flessibile di proprietà pubblica*, cit., a cura di G. Colombini, Milano, Giuffrè, 2008, 307 ss., che affronta il tema del coordinamento della pianificazione urbanistica con il regime differenziato di tutela degli immobili pubblici, con particolare riferimento a quelli militari.

<sup>12</sup> Sul tema specifico si veda: M. Santini, *Conferenza di servizi e strumenti di governo del territorio, ossia della difficile semplificazione*, in *Urb. app.*, 2012, 7, 772 ss. Sulla conferenza di servizi si vedano, tra gli altri, i contributi di G. Sciullo, *La conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 10, 1138 ss.; E. Scotti, *La conferenza di servizi tra urbanistica ed ambiente*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 1-2, 201 ss.; M. Talani, *La conferenza di servizi quale strumento procedimentale di coordinamento*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 2, 544 ss.; M. Santini, *Note sparse sulla giurisprudenza in tema di conferenza di servizi*, in *Urb. app.*, 2008, 1, 20 ss.; G. Gardini, *La conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 488.

<sup>13</sup> Sul punto si v. Cons. St., 28 febbraio 2012, n. 1130, in *Dir. giur. agr.*, 2012, 7-8, 486.

<sup>14</sup> La giurisprudenza considera perentorio il termine entro il quale il comune è tenuto ad esprimere il proprio dissenso (cfr. Tar Toscana, Firenze, sez. I, 29 dicembre 2005, n. 8984, in *Foro amm. TAR*, 2005, 12, 3899).

<sup>15</sup> Si veda sul punto M. Santini, *Conferenza di servizi e strumenti di governo del territorio, ossia della difficile semplificazione*, in *Urb. app.*, 2012, 7, 772.

ferenza di servizi, l'amministrazione statale procedente, d'intesa con la regione interessata, valutate le specifiche risultanze della medesima conferenza e tenuto conto delle posizioni prevalenti espresse in detta sede, può assumere comunque la determinazione conclusiva. Laddove il dissenso venga espresso invece da un'amministrazione dello Stato preposta alla tutela di interessi sensibili ovvero dalla regione interessata – ma non anche del comune sul cui territorio l'opera sarà realizzata – è previsto che si proceda a norma dell'art. 81, d.P.R. n. 616/1977, con deliberazione del Consiglio dei ministri sentita la commissione interparlamentare per le questioni regionali<sup>15</sup>.

Le opere pubbliche di competenza di altri enti pubblici sono in linea di principio sottoposte al potere pianificatorio dei comuni, per cui devono essere inserite negli strumenti urbanistici e successivamente assentite con permesso di costruire. Nel tempo, sono state introdotte procedure volte a semplificare e accelerare la loro realizzazione, rendendo la procedura ordinaria, basata sul rilascio del permesso di costruire, un'ipotesi sostanzialmente eccezionale e residuale (ad esempio, l'art. 7, c. 1, lett. a), d.P.R. n. 380/2001 esenta dal titolo edilizio opere e interventi pubblici che richiedano per la loro realizzazione l'azione integrata e coordinata di una pluralità di amministrazioni pubbliche, allorché l'accordo delle predette amministrazioni, raggiunto con l'assenso del comune interessato, sia pubblicato in base all'art. 34, t.u. enti locali).

Per i privati che realizzano opere su aree demaniali, l'art. 10, l. n. 765/1967 aveva invece previsto l'obbligatorio ottenimento della licenza edilizia. Tale disposizione è stata da ultimo confermata dall'art. 8, t.u. n. 380/2001, il quale ha previsto che la realizzazione da parte di privati di interventi edilizi su aree demaniali sia disciplinata dalle norme del testo unico dell'edilizia, con conseguente rilascio al privato del titolo edilizio. Se non si pongono particolari problemi nel caso in cui l'uso che comporta la trasformazione del territorio, per il quale il bene demaniale è concesso, è compatibile con le prescrizioni urbanistiche, emergono invece potenziali conflitti tra poteri comunali e poteri dell'autorità comunque preposta alla gestione dei beni demaniali, quando tale compatibilità non sussiste. Ciò in ragione del fatto che il titolo abilitativo su suolo pubblico e la concessione demaniale sono reciprocamente autonome, in quanto svolgono funzioni diverse, per cui, mentre la prima riguarda l'edificazione che, anche su suolo pubblico, deve avere luogo in conformità con gli strumenti urbanistici, la seconda riguarda l'uso del suolo statale<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 27 marzo 2012, n. 334, *Foro amm. TAR*, 2012, 3, 977, ha statuito che i poteri del comune in materia edilizia (rilascio di concessioni edilizie, re-

## la valorizzazione dei beni pubblici

In questo caso, come tutte le ipotesi in cui si verifica un intreccio di competenze appartenenti ad enti diversi e potenzialmente in conflitto tra loro, è frequente il richiamo a strumenti di leale cooperazione, quali accordi, intese, ecc.<sup>17</sup>, attraverso i quali attuare la composizione dei diversi interessi in gioco, secondo le indicazioni che sono state offerte dalla Corte costituzionale in varie sentenze in materia<sup>18</sup>.

pressione degli abusi urbanistici, ecc.) e i poteri relativi alla gestione dei beni pubblici (concessioni di beni in uso particolare ai privati, ecc.) hanno presupposti, finalità e contenuti del tutto diversi e non possono legittimamente interferire tra di loro, poiché la concessione amministrativa di area demaniale non svolge un ruolo sostitutivo dell'autorizzazione edilizia comunale, ma assolve, semplicemente, alla funzione di indicare la finalità dell'intervento assentito, da realizzarsi nel rispetto ed in conformità alla normativa urbanistica vigente che assoggetta l'attività edificatoria ai provvedimenti autorizzatori di competenza del comune territorialmente interessato dall'intervento. In sintesi, l'atto di concessione di un bene demaniale, ancorché più volte reiterato, non implica il rilascio della concessione edilizia, né condizione in alcun caso l'esercizio delle potestà comunali di vigilanza sull'utilizzazione edificatoria del territorio.

<sup>17</sup> In proposito, si v. l'orientamento espresso in Tar Friuli-Venezia Giulia, 28 maggio 1987, n. 157, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1368, secondo cui la disciplina dei piani urbanistici investe tutto il territorio comunale a riguarda quindi anche i beni demaniali, ma qualora importi un vincolo per l'esplicazione dei poteri dell'autorità competente sul demanio statale, le disposizioni relative debbono essere adattate previa intesa fra la regione e le autorità statali. La giurisprudenza postula la necessità che l'ente locale il quale esercita il potere pianificatorio su beni statali debba ricercare un'intesa con gli organi statali proprietari di beni demaniali o patrimoniali indisponibili. Tale giurisprudenza riguarda soltanto il regime dei beni appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile dello Stato, col chiaro obiettivo di evitare destinazioni urbanistiche che possano pregiudicarne la funzionalità, e non può riguardare beni sottoposti a ben diverso regime, appartenenti a una società sia pure a partecipazione pubblica, che non pongono analoghi problemi di preservazione della funzionalità pubblicistica.

<sup>18</sup> C. cost. 13 novembre 1985, n. 286; C. cost., 24 marzo 1988, n. 335; C. cost., 5 febbraio 1992, n. 38. L'intesa alla quale è fatto riferimento in questa sede è l'intesa c.d. forte. In base alla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. C. cost., 2 luglio 2012, n. 179), essa presuppone che «il Governo ponga in essere idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze». Solo nell'ipotesi di ulteriore esito negativo di tali procedure mirate all'accordo, «può essere rimessa al Governo una decisione unilaterale» (C. cost. 12 maggio 2011, n. 165).

Per completezza, si deve precisare altresì che compete inoltre al comune il potere di accertare e di sanzionare la realizzazione, da parte di soggetti diversi dalle amministrazioni statali, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo. Tale potere è esercitato in concorrenza con il potere di autotutela dello Stato e degli enti pubblici territoriali, nonché quello di altri enti pubblici, previsto dalla normativa vigente. Per le opere eseguite da amministrazioni statali, il comune informa immediatamente la regione e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti,

Mentre, per i beni riservati, all'assenza di un'intesa tra le amministrazioni coinvolte consegue illegittimità delle previsioni urbanistiche unilateralmente poste dal comune, per i beni a destinazione pubblica, gli orientamenti giurisprudenziali non paiono univoci. Fermo restando il principio per cui al comune è preclusa in linea di principio la possibilità di modificare, attraverso i propri atti di pianificazione urbanistica, la destinazione attribuita con atto dell'autorità competente<sup>19</sup>, una parte della giurisprudenza si è pronunciata per l'illegittimità delle previsioni urbanistiche del comune che conferiscano ai beni pubblici una destinazione diversa, in modo unilaterale o comunque in assenza di forme di intesa con l'amministrazione (statale) che di quei beni è titolare<sup>20</sup>. Altra parte della giurisprudenza, oltre che attenta dottrina, ha invece argomentato che l'eventuale difforme destinazione impressa da parte del comune a beni immobili facenti parte del patrimonio indisponibile di un'amministrazione statale non necessiti di previa intesa tra l'amministrazione statale e il comune, poiché siffatta destinazione diviene operante solo e soltanto se l'amministrazione statale decida di cessare per i suoi fini dall'utilizzo dei beni in questione<sup>21</sup>.

## **2. Dismissione, valorizzazione, razionalizzazione dei beni pubblici**

A partire dall'inizio degli anni Novanta, il legislatore statale ha avviato politiche di dismissione dei beni pubblici al fine di ridurre i costi di gestione dell'immenso patrimonio immobiliare pubblico e fare cassa, nell'ottica di

al quale compete, d'intesa con il presidente della giunta regionale, la adozione dei provvedimenti sanzionatori.

<sup>19</sup> V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, cit., 273 ss.

<sup>20</sup> Tar Veneto, 30 luglio 1980, n. 639, in *Foro amm.*, 1981, I, 625, e Cons. St., ad.plen., 27 maggio 1983, n. 13, in *Foro amm.*, 1983, I, 944, deducono la illegittimità dello strumento urbanistico per la parte relativa alla disciplina di aree demaniali che non fosse frutto di preventiva intesa con l'amministrazione statale.

<sup>21</sup> È stato osservato in questo caso che «il disegno dell'assetto del territorio risult[erà] in qualche modo parziale o monco non riuscendosi urbanisticamente a coinvolgere le aree demaniali marittime ove il progetto ne prefiguri una trasformazione, non condivisa dall'autorità marittima, per adibirle ad una determinata destinazione che sia in armonia con quella assegnata alle zone non demaniali confinanti», in M. Casanova, *Demanio marittimo e poteri locali*, cit., Milano, Giuffrè, 1986, 97.

In giurisprudenza si veda Tar Friuli-Venezia Giulia, 26 marzo 1985, n. 62, in *Foro amm.*, 1985, 1129.



## la valorizzazione dei beni pubblici

contribuire alla riduzione del nostro opprimente debito pubblico<sup>22</sup>. Tali politiche hanno puntato a conservare nella titolarità pubblica soltanto i beni tradizionalmente riservati ai pubblici poteri in quanto destinati alla fruizione collettiva (demanio marittimo, demanio idrico, beni culturali) o perché ancora oggi giudicati intrinsecamente connessi alle funzioni basilari dello Stato (demanio militare), e quelli per i quali permane un particolare interesse pubblico perché, ad esempio, in uso alle pubbliche amministrazioni o perché destinati all'espletamento di pubblici servizi o di pubbliche funzioni, e a dismettere tutti gli altri beni che non sono più idonei o utili a soddisfare interessi delle stesse pubbliche amministrazioni o più in generale della collettività<sup>23</sup>. In tale circuito sono stati immessi non solo beni del patrimonio disponibile (non pubblici in senso sostanziale perché non necessari agli scopi di pubblica amministrazione) che, già per loro natura, sono destinati all'alienazione, ma anche beni appartenenti tanto al demanio quanto al patrimonio indisponibile qualora sia accertato che la permanenza nella titolarità pubblica non risulta più necessaria, avendo essi esaurito la loro funzione<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Annuario AIPDA 2003, Milano, Giuffrè, 2004, 24 ss.; M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo*, cit., 213 ss.; G. Colombini, *Le ragioni attuali di una ricerca sui beni pubblici, ovvero: della liquidità dei beni pubblici*, in *La nozione flessibile di proprietà pubblica*, cit., a cura di G. Colombini, Milano, Giuffrè, 2008, 9; G. Guarino, *Vincoli europei, finanza e patrimonio pubblico*, in *Invertire la rotta*, cit., a cura di U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà, Bologna, Il Mulino, 2007, 157; G. De Giorgi Cezzi, *Le concessioni di beni pubblici e il processo di privatizzazione*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com) (giugno 2011); E. Specchio e S. Zanirato, *La dismissione del patrimonio pubblico dopo le manovre Monti e l'art. 16 della legge Regione del Veneto 18 marzo 2011 n.7*, in *Il diritto della Regione Veneto*, 2012, 1-2 (pubblicato il 12 febbraio 2013 e reperibile in <http://diritto.regione.veneto.it/>); A. Villa, *La dismissione del patrimonio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 2, 125.

<sup>23</sup> In relazione ai beni che appartengono al patrimonio indisponibile, la magistratura contabile ha evidenziato che «dal tenore letterale della norma si evince che la perdita dell'originaria connotazione di bene indisponibile non può avvenire *sic et simpliciter* mediante l'iscrizione del bene nel piano delle alienazioni e delle valorizzazioni immobiliari: condizione imprescindibile per l'iscrizione dei beni [...] è, infatti, la non strumentalità all'esercizio delle funzioni istituzionali che deriva dalla effettiva inidoneità, o dalla effettiva sottrazione del bene stesso alla sua originaria destinazione pubblica. *A contrario*, si può desumere che, qualora un bene sia destinato ad essere utilizzato per uno scopo pubblico, lo stesso non possa essere fatto rientrare nel novero dei beni disponibili, non essendo sufficiente la temporanea inidoneità del bene a quella funzione pubblica ovvero una temporanea utilizzazione ad altri fini perché il bene perda la qualificazione di indisponibile» (cfr. C. Conti, sez. reg. controllo Lombardia, 19 febbraio 2013, n. 61/2013/PRSE).

<sup>24</sup> Strutturalmente diversi sono i casi in cui i beni pubblici vengono dismessi in favore di soggetti formalmente privati, senza però perdere la loro natura pubblicistica sul presuppo-

La dismissione si sostanzia nell'alienazione del bene pubblico a terzi (soggetti pubblici o privati, profit e non profit), ossia nella «sostituzione anche integrale del bene con il prezzo della sua commercializzazione»<sup>25</sup>, previo l'accertamento del venir meno della destinazione a usi generali o allo svolgimento di pubbliche funzioni o di pubblici servizi, e dunque previo passaggio del bene pubblico dal demanio o dal patrimonio indisponibile al patrimonio disponibile, con conseguente cancellazione dei vincoli che discendono dalla proprietà pubblica<sup>26</sup>.

Diversa dalla dismissione è la valorizzazione dei beni pubblici, anche se sovente i due termini finiscono per essere sinonimi, ad es. quando la valorizzazione precede o è contestuale alla dismissione del bene pubblico, con

sto che la loro funzione possa continuare ad essere assolta anche laddove essi passino nella titolarità di soggetti privati. Tali sono, ad es., i casi in cui i beni pubblici sono assegnati a soggetti strumentali dello Stato, formalmente privati, incaricati della gestione di pubblici servizi (autostradali, ferroviari, ecc.) rispetto ai quali i beni sono funzionali. V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica*, cit., in *Titolarità pubblica*, cit., Annuario AIPDA 2003, Milano, Giuffrè, 2004, 24; M. Dugato, *Il regime dei beni pubblici. Dall'appartenenza al fine*, in *I beni pubblici*, cit., a cura di A. Police, Milano, Giuffrè, 2008, 37; M. Olivi, *Beni demaniali*, cit., 266 ss.

<sup>25</sup> V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico ed interesse finanziario*, in *I beni pubblici*, cit., a cura di A. Police, Milano, Giuffrè, 2008, 459 ss.

<sup>26</sup> La dismissione è normalmente a titolo oneroso. La Corte dei conti ha escluso che la cessione gratuita di un immobile da una pubblica amministrazione (comune) a un'altra pubblica amministrazione (università) rientri tra le modalità tipiche della valorizzazione del patrimonio. Secondo il giudice contabile bisogna considerare che se lo scopo del patrimonio disponibile è generalmente quello di produrre reddito, risulta evidente una cessione gratuita di un immobile non solo non reca alcuna entrata all'ente, e dunque costituisce un utilizzo non coerente con le finalità del bene, ma addirittura può risultare fonte di depauperamento – e dunque di danno – patrimoniale per l'ente, che è invece tenuto ad improntare la gestione del proprio patrimonio a criteri di economicità ed efficienza, e a scegliere la soluzione che ottimizzi al massimo i costi di gestione in relazione anche alle finalità cui il patrimonio è adibito. La Corte dei conti non ha però escluso la possibilità di una dismissione a titolo "gratuito". Sennonchè un'eventuale scelta di dismissione a titolo gratuito dovrebbe avvenire a seguito di un'attenta ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici in gioco, rimessa esclusivamente alla sfera discrezionale dell'ente, in cui, però, deve tenersi nella massima considerazione l'interesse alla conservazione ed alla corretta gestione del patrimonio pubblico, in ragione della tutela costituzionale di cui questo gode (art. 119, c. 6, Cost.), e della sempre crescente attenzione postavi dal legislatore in occasione di alcune recenti normative di settore (tra cui, appunto, l'art. 58 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133) (cfr. C. Conti, sez. reg. controllo per il Veneto, deliberazione 24 aprile 2009, n. 33/2009/PAR.).

Come si vedrà di seguito, l'attribuzione dei beni dello Stato a comuni, province, città metropolitane e regioni prevista dal d.lgs. 28 maggio 2010, 85 ha invece luogo a titolo non oneroso (cfr. art. 1, c. 1).

## la valorizzazione dei beni pubblici

il fine di accrescerne il valore economico in sede di successiva alienazione<sup>27</sup>. La valorizzazione, accompagnata dalla successiva dismissione del bene pubblico, presuppone perciò, in linea di massima, almeno due passaggi preliminari: normalmente il bene pubblico transita dal demanio o dal patrimonio indisponibile al patrimonio disponibile; successivamente, ad esso può essere attribuita una nuova destinazione urbanistica al fine di renderlo più funzionale alle esigenze nel frattempo manifestate dall'ente pubblico che ne è titolare ovvero più appetibile per il mercato al quale è destinato con una successiva alienazione. Rispetto alla "nuda" dismissione si tratta, dunque, «non solo [di] una vendita *sic et simpliciter* del bene (salvo rari casi), ma [di] un'attività più complessa di valorizzazione che renda conveniente la vendita finale sia sotto il profilo dei ricavi economici e sia sotto il profilo della riqualificazione urbana e dello sviluppo economico»<sup>28</sup>.

Può però esservi una valorizzazione senza dismissione<sup>29</sup>: in questo caso, essa è diretta ad aumentare la redditività o l'utilità che da tali beni è possibile ricavare, ordinariamente previa modifica della destinazione urbanistica alla quale il bene è adibito, ed attraverso il trasferimento a titolo oneroso o gratuito, in favore di soggetti pubblici e privati (*profit* e non *profit*)<sup>30</sup>, non

<sup>27</sup> Secondo A. Serra, «con il termine "valorizzazione" dei beni pubblici genericamente intesi si intendono quelle direttrici dell'azione pubblica che mirano a volgere le attività poste in essere su di essi da costo per l'amministrazione, come si sono storicamente declinate, in una fonte di reddito; vi rientrano diverse formule, dalla ricerca di strumenti che assicurino una gestione proficua di beni mal utilizzati economicamente alla rivalutazione dei canoni per la loro concessione, fino all'ipotesi dell'alienazione, in un crescente ricorso a moduli di matrice privatistica» in *Il coinvolgimento di beni culturali nel progetto di recupero degli immobili non più utilizzati dalla Difesa: profili giuridici*, in Aedon, 2007, 2.

<sup>28</sup> P. Mantini, *Dismissioni e valorizzazione del patrimonio pubblico. Tra soft administration ed urbanistica consensuale: introduzione, proposte*, in [www.farecentro.org](http://www.farecentro.org).

<sup>29</sup> L. Mercati, *Pubblico e privato*, cit., Torino, Giappichelli, 2009, 122.

<sup>30</sup> La valorizzazione può essere anche a titolo gratuito o comunque a condizioni non di mercato. È il caso trattato da C. conti, sez. reg. controllo per il Veneto, deliberazione 5 ottobre 2012, n. 716/2012/PAR, secondo cui «l'indirizzo politico legislativo (che si è venuto affermando negli ultimi anni) riconosce alla gestione del patrimonio immobiliare pubblico una valorizzazione finalizzata all'utilizzo dei beni secondo criteri privatistici di redditività e di convenienza economica. Aggiunge, tuttavia, il Collegio che il comune non deve perseguire, costantemente e necessariamente, un risultato soltanto economico in senso stretto nell'utilizzazione dei beni patrimoniali, ma, come ente a fini generali, deve anche curare gli interessi e promuovere lo sviluppo della comunità amministrata. L'eventuale scelta di disporre di un bene pubblico ad un canone di importo diverso da quello corrispondente al suo valore di mercato, ad avviso della sezione, deve avvenire a seguito di un'attenta ponderazione comparativa tra gli interessi pubblici in gioco, rimessa esclusivamente alla sfera discrezionale dell'ente, in cui però deve tenersi nella massima considerazione l'interesse alla conservazione

della titolarità ma della loro mera disponibilità. In quest'ultimo caso, i beni pubblici restano nel patrimonio dell'ente titolare e sono assegnati in concessione o in locazione (a seconda che si tratti di beni demaniali e patrimoniali indisponibili o di beni patrimoniali disponibili) a soggetti privati per finalità che attengono alla loro riqualificazione o alla loro riconversione per lo svolgimento di attività economiche o attività di servizio per i cittadini.

Più di recente, alla dismissione e alla valorizzazione si è affiancato un terzo obiettivo, quello della razionalizzazione della gestione del patrimonio immobiliare pubblico<sup>31</sup>, che punta alla migliore utilizzazione degli immobili

ed alla corretta gestione del patrimonio pubblico, in ragione della tutela costituzionale di cui questo gode (art. 119, sesto comma, Cost.)».

<sup>31</sup> Costituisce presupposto indispensabile per gestire in modo razionale gli immobili pubblici quello di avere un quadro conoscitivo completo ed aggiornato. A tale proposito, l'art. 2, c. 222, l. 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010), ha introdotto l'obbligo, per le amministrazioni pubbliche, di effettuare una serie di comunicazioni all'Agenzia del demanio relativamente agli immobili da esse utilizzati, con l'obiettivo di concentrare in capo alla stessa Agenzia le procedure riguardanti le locazioni passive e di razionalizzare gli spazi utilizzati dalle pubbliche amministrazioni.

La medesima norma ha previsto, inoltre, obblighi di comunicazione da parte delle amministrazioni pubbliche anche al fine di redigere il conto patrimoniale dello Stato a prezzi di mercato. Le amministrazioni dello Stato sono quindi tenute a comunicare all'Agenzia del demanio, entro il 31 gennaio di ogni anno, la previsione triennale del loro fabbisogno di spazio e delle superfici occupate che non risultano più necessarie. Al fine di attuare tale disposizione, l'art. 12, c. 9, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111, ha altresì disposto che le amministrazioni comunichino annualmente all'Agenzia del demanio, a decorrere dal 1° gennaio 2013, le previsioni relative alle nuove costruzioni, la cui realizzazione sia programmata nel successivo triennio. Sulla base di tali comunicazioni, l'Agenzia provvederà alla elaborazione un piano di razionalizzazione degli spazi, trasmettendolo alle amministrazioni interessate e al dipartimento del tesoro del Ministero dell'economia e delle finanze.

Nella direzione della razionalizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, parrebbero muoversi il d.l. 27 giugno 2012, n. 87, non convertito, e soprattutto il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, c.d. *Spending Review*, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135.

Di particolare interesse è l'art. 3 del decreto legge da ultimo citato il quale ha previsto un'operazione di ricognizione degli immobili pubblici e di razionalizzazione degli spazi, finalizzata a contenere i costi connessi al rinnovo dei contratti di locazioni passive. La stessa norma ha altresì previsto la possibilità per lo Stato e degli altri enti territoriali di reciproco utilizzo gratuito per lo svolgimento di funzioni istituzionali di beni a essi appartenenti.

La norma fissa un principio importante che però non si traduce automaticamente in un obbligo giuridico in capo allo Stato e agli altri enti territoriali. Per questa ragione essa rischia di restare sostanzialmente inattuata, anche perché non sono previste sedi di concertazione nelle quali lo Stato e gli Enti territoriali interessati possano raccordare le rispettive esigenze in termini di spazi e individuare soluzioni condivise.

## la valorizzazione dei beni pubblici

pubblici da parte delle stesse pubbliche amministrazioni, con possibilità ad es. per lo Stato, le regioni e gli enti locali di concedersi reciprocamente l'uso gratuito dei beni di loro proprietà per finalità esclusivamente di carattere istituzionale<sup>32</sup>.

Le politiche di dismissione e di valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico portate avanti negli ultimi venti anni si sono dimostrate un sostanziale insuccesso<sup>33</sup>. Politiche del genere presupporrebbero, a parere di chi scrive, una visione strategica di medio-lungo periodo, che nel nostro Paese è invece mancata. Lo Stato e gli altri enti territoriali avrebbero perciò dovuto dare priorità all'uso razionale degli immobili di cui dispongono riducendo gli sprechi e le inefficienze connessi alla gestione degli spazi per le proprie attività istituzionali o per quelle che svolgono a favore della collettività, anche attraverso forme di collaborazione reciproca. Avrebbero suc-

<sup>32</sup> I principi che dovrebbero ispirare l'azione del legislatore in questo ambito sono stati chiaramente delineati nell'audizione del direttore dell'Agenzia del demanio del 11 giugno 2009 al Senato della Repubblica, il quale ha invitato: ad applicare a tutte le pubbliche amministrazioni uno stringente principio di strumentalità, che garantisca l'uso corretto e razionale degli immobili pubblici, strettamente connesso alle reali esigenze di funzionamento per l'esercizio delle competenze attribuite; ad incentivare i comportamenti virtuosi delle amministrazioni nell'utilizzo delle sedi a disposizione, con piani di razionalizzazione per singola pubblica amministrazione; attraverso l'attività di controllo e di verifica di congruità dei costi delle locazioni passive, a raggiungere la migliore allocazione possibile in termini di valori di mercato, rapporto addetto/mq, ambito di servizio all'utenza; limitare il peso delle locazioni passive anche grazie ai contratti "territoriali" (accordi quadro a canone programmato) con i grandi proprietari; ad accorpate funzioni a limitato tasso di accesso (archivi, depositi) con delocalizzazione in siti di basso valore in immobili privi delle funzioni originarie in contesti geografici periferici, associando tale azione ai progetti di informatizzazione della p.a. e a concentrare le funzioni istituzionali "multilivello" (statali, regionali, locali) in "condomini" con servizi condivisi.

È stato osservato da G. Tamburtini che «a tali risparmi, con l'esternalizzazione della gestione degli immobili e dei servizi ad essi associati (*facility*) si possono aggiungere quelli in termini di costi di gestione, oltre ai ricavi ottenibili grazie al miglioramento dell'efficienza complessiva dell'apparato pubblico liberato dell'incombenza della gestione del patrimonio strumentale e a maggior ragione di quello non strumentale» in *Alcune riflessioni sulla valorizzazione immobiliare nel quadro del federalismo demaniale*, in *Il federalismo demaniale*, a cura di G.F. Ferrari, Torino, Giappichelli, 2010, 103.

<sup>33</sup> È il caso dell'operazione di dismissione obbligatoria degli immobili strumentali di proprietà degli enti previdenziali attuata attraverso SCIP 1 e SCIP 2, i cui risultati sono stati valutati negativamente dal Procuratore generale della Corte dei conti nella memoria per l'udienza del 25 giugno 2009 relativa al "Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2008", secondo cui «non può però sottacersi che siamo in presenza della conclusione anticipata di un ambizioso progetto rimasto incompiuto, che ha conseguito risultati più che modesti» in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

cessivamente dovuto destinare quelli non utilizzabili per le finalità appena descritte a nuovi usi tenendo conto della loro idoneità a produrre reddito ovvero a soddisfare altre esigenze (ad es. di carattere sociale, culturale, ecc.), anche attraverso la creazione di sinergie con *partner* privati che possono apportare risorse economiche e *know-how*. Avrebbero dovuto infine dismetterli quando non più utili né al primo fine, né al secondo, dopo aver individuato nuove destinazioni appetibili per il mercato. L'assenza di una simile visione strategica ha invece spinto il legislatore statale ad agire esclusivamente sull'onda della continua emergenza, avviando un percorso esattamente inverso a quello che ragionevolezza e buon senso avrebbero dovuto ispirare, e in definitiva, in prospettiva, inefficiente e costoso. E, infatti, con le dismissioni sono stati alienati i "pezzi" più pregiati di cui lo Stato e gli enti pubblici disponevano, spesso a cifre irrisorie o quasi (come si è verificato per la dismissione dei beni immobili degli enti previdenziali<sup>34</sup>). Sono invece rimasti nei bilanci degli enti pubblici beni per lo più in cattivo stato di manutenzione o per i quali non s'intravedono prospettive immediate per il loro riutilizzo in modo redditizio. In molti casi, si fatica addirittura a individuare per essi nuovi usi, e dunque nuove destinazioni appetibili per il mercato, in un contesto in cui gli investimenti pubblici e soprattutto quelli privati latitano.

La consapevolezza della necessità di ripensare tali politiche, dando priorità alla valorizzazione e alla razionalizzazione della gestione dei beni pubblici in luogo della loro dismissione, è stata acquisita, almeno formalmente, solo di recente, in relazione ai beni appartenenti al Ministero della difesa<sup>35</sup>. Ad es. l'art. 307, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (c.d. Codice dell'ordinamento militare) ha previsto che, nell'ambito dei processi di razionalizzazione dell'uso degli immobili pubblici e al fine di adeguare l'assetto infrastrutturale delle forze armate alle esigenze derivanti dall'adozione dello strumento professionale, il Ministero della difesa, sentita l'Agenzia del de-

<sup>34</sup> Si veda ancora quanto scrive il Procuratore generale della Corte dei conti nella memoria per l'udienza del 25 giugno 2009 relativa al "Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2008", cit., secondo cui «risultano alienati prioritariamente gli immobili di più agevole dismissione, quali quelli già locati agli inquilini degli Enti o quelli più appetibili (di pregio) piuttosto che quelli, la cui detenzione risultava meno vantaggiosa della cessione; le cessioni dei cespiti immobiliari sono avvenute solo in parte secondo criteri competitivi [...]; il prezzo, scontato delle cessioni, non precedute da asta, non appare, peraltro, giustificato dall'esigenza di salvaguardare le fasce più deboli, poiché la concessione degli sconti non è stata graduata all'accertamento del livello reddituale [...].»

<sup>35</sup> Sul punto si veda L. Mercati, *Pubblico e privato*, cit., Torino, Giappichelli, 2009, 139 ss.

## la valorizzazione dei beni pubblici

manio, adotti un programma di razionalizzazione, accorpamento, riduzione e ammodernamento del patrimonio infrastrutturale in uso<sup>36</sup>, in coerenza con il processo di pianificazione territoriale e urbanistica previsto dalla legislazione nazionale e regionale, allo scopo di favorirne la riallocazione in aree maggiormente funzionali per migliorare l'efficienza dei servizi assolti. Il Ministero della difesa può altresì individuare beni immobili di proprietà dello Stato mantenuti in uso al medesimo dicastero per finalità istituzionali, «susceptibili di permuta di beni e di servizi con gli enti territoriali, con le società a partecipazione pubblica e con i soggetti privati. Le procedure di permuta sono effettuate dal Ministero della difesa, d'intesa con l'Agenzia del demanio, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico-contabile».

Gli immobili non più utilizzati per finalità istituzionali sono consegnati all'Agenzia del demanio ad avvenuto completamento delle procedure di riallocazione. Per tutti questi immobili, non compresi nei processi di razionalizzazione, accorpamento, riduzione e ammodernamento, è previsto che si proceda con alienazioni, permuta, valorizzazioni e altre forme di gestione dei beni.

La norma parrebbe evidenziare, almeno in questo specifico settore, un “cambio di mentalità” del legislatore statale, forse un po' tardivo, ma comunque positivo: la priorità, per i beni immobili della difesa, parrebbe essere finalmente quella di garantire una loro più efficace utilizzazione per finalità tipiche dello stesso ministero. A questo risultato è previsto che si possa arrivare anche attraverso “scambi” con gli enti locali, alla ricerca di soluzioni logistiche convenienti per entrambe le parti. Solo nel caso in cui i beni non siano altrimenti utilizzabili, essi potranno essere immessi sul mercato, per la loro valorizzazione con o senza contestuale dismissione, con destinazione dei relativi introiti allo stesso ministero<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Il programma individua, oltre agli immobili non più utilizzati, anche quelli parzialmente utilizzati e quelli in uso all'amministrazione della difesa nei quali sono tuttora presenti funzioni altrove ricollocabili; definisce le nuove localizzazioni delle funzioni, individuando le opere da realizzare; quantifica il costo della costruzione *ex novo* e dell'ammodernamento delle infrastrutture individuate e quello del trasferimento delle funzioni nelle nuove localizzazioni; stabilisce le modalità temporali delle procedure di razionalizzazione, accorpamento, riduzione e ammodernamento e del successivo rilascio dei beni immobili non più in uso.

<sup>37</sup> Va peraltro evidenziato che il successivo c. 10 dell'art. 307, d.lgs. n. 66/2010 prevede la possibilità di valorizzare e/o di dismettere i beni del Ministero della difesa non compresi nel programma secondo una procedura *ad hoc*, che fa capo direttamente al ministero, anziché all'Agenzia del demanio, con una componente di premialità per gli Enti locali che collaborano. La norma prevede che «i proventi monetari derivanti dalle procedure di cui alla lett. a) [ossia,

### 3. Le politiche di dismissione e valorizzazione dei beni pubblici ed i loro riflessi sul governo del territorio

La decisione di dismettere o di valorizzare un bene pubblico da parte dell'ente che ne è titolare incide sulle politiche di governo del territorio delle regioni e soprattutto degli enti locali su cui tale bene insiste. È stato efficacemente scritto che «nessuno acquisterebbe una caserma dismessa o un faro se non sa cosa farne, a meno che non si tratti di un... “signore della guerra” o di un nostalgico ed eccentrico miliardario»<sup>38</sup>. La caserma o il faro non più utilizzabili come tali, nel momento in cui sono dismessi o valorizzati devono essere necessariamente riconvertiti a nuovi usi. Nella stragrande maggioranza dei casi, tali usi richiedono una riconfigurazione degli strumenti urbanistici vigenti. La nuova destinazione può essere essa stessa una scelta dell'ente locale titolare del bene pubblico oppure, come più spesso avviene, questo è chiamato a condividere la scelta effettuata da un altro ente titolare o, addirittura, a subirla.

I beni pubblici da dismettere o da valorizzare, prima dell'avvio delle relative procedure, costituiscono sovente non tanto una risorsa per l'ente titolare e per il territorio su cui insistono quanto un problema. Ad es. una caserma o un faro non più in uso – ma altrettanto può dirsi per le numerose sedi di uffici pubblici chiuse da anni o addirittura da decenni che si trovano in tutte le nostre città – sono soggetti a un rapido processo di degrado, spesso con rilevanti problemi di carattere igienico sanitario, che si ripercuotono negativamente su interi quartieri o su intere parti delle nostre città. Viceversa, la riconversione di una caserma nella sede di un'università, in un

alienazioni, permuta, valorizzazioni e gestioni dei beni] sono determinati con decreto del Ministro della difesa, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, tenuto anche conto dei saldi strutturali di finanza pubblica, e sono versati all'entrata del bilancio dello Stato per essere destinati, mediante riassegnazione anche in deroga ai limiti previsti per le riassegnazioni, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, fino al 31 dicembre 2013, agli stati di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, per una quota corrispondente al cinquantacinque per cento, da assegnare al fondo ammortamento dei titoli di Stato, e del Ministero della difesa, per una quota corrispondente al trentacinque per cento, nonché agli enti territoriali interessati alle valorizzazioni, per la rimanente quota del dieci per cento. Le somme riassegnate al Ministero della difesa sono finalizzate esclusivamente a spese di investimento. È in ogni caso precluso l'utilizzo di questa somma per la copertura di oneri di parte corrente».

Su questi temi, F. Gastaldi, *Immobili pubblici e aree militari dismesse: “occasioni” per le città italiane, fra ritardi e incertezze*, in *Quad. reg.*, 2012, 3, 441 ss.

<sup>38</sup> P. Mantini, *Dismissioni e valorizzazione del patrimonio pubblico*, cit., in [www.farecentro.org](http://www.farecentro.org).



## la valorizzazione dei beni pubblici

ospedale o in un museo o anche in un centro polifunzionale (sede di uffici pubblici, di associazioni, ecc.) può diventare un volano di crescita per un quartiere o per un'intera città, rappresentando un motore di sviluppo economico e sociale. Il che presuppone ovviamente che i comuni abbiano una visione strategica del loro territorio (conoscano le sue reali necessità e ad abbiano chiare quali sono le sue prospettive di sviluppo)<sup>39</sup>, e che sappiano proporla e condividerla attraverso progetti seri e credibili agli altri soggetti pubblici (*in primis* allo Stato che, nella maggior parte dei casi è il proprietario dei beni) e ai soggetti privati, chiamati ad apportare *know-how* e capitali. Il che equivale a dire che «la potenzialità di contribuire alla trasformazione della città, da parte dei patrimoni immobiliari dello Stato è direttamente proporzionale all'esistenza di una politica di governo del territorio nella quale questa potenzialità può essere effettivamente espressa»<sup>40</sup>.

Rispetto alla disciplina del governo del territorio, le politiche di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici attuate dallo Stato e dagli enti territoriali pongono pertanto un duplice ordine di problemi. Il primo ordine di problemi attiene alle regole che disciplinano i processi di valorizzazione e di dismissione dei beni pubblici. Il secondo riguarda invece gli strumenti con cui detti processi vengono attuati e il loro rapporto con gli ordinari strumenti di pianificazione urbanistica.

### 4. Il tema delle regole

Quanto al primo profilo, di recente, si è profilato uno scontro tra Stato e regioni per la delimitazione delle rispettive sfere di competenza in ordine alla disciplina giuridica dei processi di valorizzazione e di dismissione dei beni pubblici. Da un lato, lo Stato ha rivendicato a sé stesso la disciplina delle procedure di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici, attraverso la propria competenza (concorrente) in materia di coordinamento della finanza pubblica, nel tentativo di dettare una disciplina unitaria a livello nazionale, che garantisca un minimo di uniformità (e quindi anche dei tempi e dei costi delle stesse). Dall'altro, le regioni si sono battute per la salvaguardia delle loro competenze (concorrenti) in materia di governo del territo-

<sup>39</sup> G.L. Conti, *La dimensione costituzionale del governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2007, 4 ss.

<sup>40</sup> Agenzia del Demanio, *Politiche e strumenti per la valorizzazione economica e sociale del territorio attraverso il miglior utilizzo degli immobili pubblici. Guida alle innovazioni legislative*, ultimo aggiornamento settembre 2012, reperibile sul sito web [www.agenziademania.it](http://www.agenziademania.it), 10.

rio, riservandosi il potere di disciplinare nel dettaglio le procedure urbanistiche attraverso le quali i beni pubblici da valorizzare o da dismettere vengono riconvertiti a nuove destinazioni.

La questione è evidentemente cruciale. Dietro il conflitto tra competenze statali e regionali parrebbe celarsi il conflitto tra due logiche non facilmente conciliabili. È stato osservato che «il modo più semplice e sicuro per facilitare la valorizzazione di un bene immobile – in vista della sua alienazione o comunque di un suo uso maggiormente fruttifero per le casse pubbliche – è conferirgli una destinazione urbanistica che lo renda interessante per il mercato, quindi normalmente una destinazione edificatoria, tanto più preziosa quanto meno “coerente” con le previsioni di piano. Col che non può sfuggire il rischio assai concreto di un conflitto fra la logica intrinseca di una buona pianificazione territoriale e la logica della vendita-valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico la quale, specie se ispirata a ragioni venali, tende inevitabilmente a favorire soluzioni che tanto più sono appetibili per i privati interessati, quanto più sono estranee alla funzione propria della prima (o addirittura in conflitto con essa). Il rischio, in altre parole, che l’ente pubblico per ragioni di cassa “venda” destinazioni urbanistiche che facciano rendere di più i suoi beni»<sup>41</sup>.

Il nodo sta dunque in ciò. Lo Stato ha l’interesse a massimizzare i profitti attribuendo ai beni pubblici da valorizzare o da dismettere le destinazioni più appetibili per il mercato e dunque potenzialmente più redditizie. La piena realizzazione di quest’obiettivo, nell’ottica statale, richiede procedure “eccezionali” che si svolgono in tempi rapidi e certi, fino al punto di ridurre o azzerare il peso degli interessi pubblici concorrenti con quest’obiettivo. Da parte loro, le regioni difendono le loro competenze in materia di governo territorio regionale e locale, ergendosi a paladine della buona pianificazione. In questo senso si sono battute per riportare i processi di dismissione e valorizzazione dei beni pubblici nei binari degli “ordinari” procedimenti di pianificazione urbanistica. Il che potrebbe avere il pregio di favorire una più ampia partecipazione, garantendo la rappresentazione di tutti gli interessi pubblici e privati in campo, pur se con il limite dei tempi più lunghi in ragione anche della complessità delle valutazioni che la pubblica amministrazione è chiamata a effettuare.

<sup>41</sup> D. de Pretis, *Valorizzazione dei beni pubblici e piani urbanistici: spetta alle Regioni la disciplina delle procedure di variante*, in *Le Regioni*, 2010, 4, 884 ss.; P. Marzaro, *La semplificazione dei procedimenti di variante degli strumenti di pianificazione territoriale e degli strumenti urbanistici in sede di dismissione e alienazione del patrimonio immobiliare; i Piani delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari e i Programmi unitari di valorizzazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 4, 661.

## la valorizzazione dei beni pubblici

Il conflitto è sfociato in due successive pronunce della Corte costituzionale (16 dicembre 2009, n. 340, e 5 dicembre 2012, n. 284), che hanno a oggetto l'art. 58, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133. La norma in esame prevede, in primo luogo, che l'inserimento degli immobili da valorizzare o da dismettere nel piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari ne determini anche la conseguente classificazione come patrimonio disponibile e ne disponga espressamente la destinazione urbanistica e, in secondo luogo, che la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del piano delle alienazioni e valorizzazioni costituisca una variante allo strumento urbanistico generale.

Nella versione originaria dell'art. 58, era stato previsto che tale variante, in quanto relativa a singoli immobili, non fosse soggetta a verifiche di conformità rispetto agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni. La verifica di conformità doveva essere effettuata entro un termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta, nei casi di varianti relative a terreni classificati come agricoli dallo strumento urbanistico generale vigente, ovvero nei casi che comportavano variazioni volumetriche superiori al dieci per cento dei volumi previsti dal medesimo strumento urbanistico vigente.

In altri termini, dal piano discendevano ben quattro diversi effetti: il bene era classificato come patrimonio disponibile; ne era determinata la nuova destinazione urbanistica; l'approvazione del piano determinava variante allo strumento urbanistico generale; la variante non necessitava di verifiche di conformità agli eventuali atti di pianificazione sovraordinata di competenza delle province e delle regioni, salvi alcuni casi particolari.

La norma è stata impugnata da alcune regioni, le quali hanno lamentato l'invasione della competenza legislativa in materia di governo del territorio e il carattere di dettaglio delle prescrizioni che prevedono la variante automatica e la sottrazione della stessa alle verifiche di conformità.

Nella sentenza n. 340/2009, la Corte costituzionale, pur non disconoscendo che nella *ratio* dell'art. 58 sussistono aspetti connessi al coordinamento della finanza pubblica, essendo tale disposizione finalizzata alle alienazioni e valorizzazioni del patrimonio immobiliare degli enti, ha osservato che, in relazione ai profili sopra segnalati, dovrebbe darsi prevalenza alla materia del governo del territorio, pure appartenente alla competenza ripartita tra lo Stato e le regioni, avuto riguardo all'effetto di variante allo strumento urbanistico generale attribuito alla delibera che approva il piano di alienazione e valorizzazione, rispetto alla quale lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali, spettando alle Regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio. Secondo la Corte, la citata disposizione introdurr-

rebbe una disciplina che non è finalizzata a prescrivere criteri e obiettivi, ma si risolverebbe in una normativa dettagliata che non lascia spazi d'intervento al legislatore regionale, ponendosi così in contrasto con il menzionato parametro costituzionale. È in tal senso che la Corte esclude dalla declaratoria di incostituzionalità soltanto la parte iniziale del c. 2, in quanto non oggetto di specifiche censure. Ne consegue che «mentre la classificazione degli immobili come patrimonio disponibile è un effetto legale conseguente all'accertamento che si tratta di beni non strumentali all'esercizio delle funzioni istituzionali dell'ente, la destinazione urbanistica va ovviamente determinata nel rispetto delle disposizioni e delle procedure stabilite dalle norme vigenti».

La bocciatura parziale dell'art. 58 ha avuto l'effetto di ricondurre i processi di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici entro i percorsi degli ordinari strumenti di pianificazione urbanistica. Se, da un lato, tale decisione è stata salutata con favore da parte di coloro che hanno evidenziato i rischi derivanti da una disposizione che tendeva a piegare la variazione degli strumenti urbanistici ad esigenze di mera cassa connesse alla valorizzazione e alla dismissione dei beni pubblici, perseguendo un obiettivo estraneo a quello proprio della pianificazione urbanistica e con esso finanche confliggenti<sup>42</sup>, dall'altro è stato evidenziato che il meccanismo ivi previsto ne è uscito sostanzialmente depotenziato, dal momento che le eventuali varianti agli strumenti pianificazione non sono più soggette ad una procedura di uniforme applicazione, semplificata ed accelerata, ma ai procedimenti ordinari previsti dalle singole leggi regionali, con tempi lunghi ed esiti incerti<sup>43</sup>.

Dopo l'intervento della Corte costituzionale, il legislatore statale è intervenuto nuovamente sull'art. 58, al fine di tentare di contemperare le esigenze di far cassa con la salvaguardia delle prerogative regionali in materia di governo del territorio. L'art. 33-*bis*, d.l. 6 luglio 2011, n. 98 successivamente modificato dall'art. 27, c. 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, ha imposto alle regioni di disciplinare, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del predetto d.l. n. 201/2011, l'eventuale equivalenza della deliberazione del consiglio comunale di approvazione quale variante allo strumento urbanistico generale, prevedendo altresì procedure semplificate per la relativa approvazione. Le regioni, nell'ambito della predetta normativa sono inoltre tenute ad approvare procedure di co-pianificazione per l'eventuale verifica di

<sup>42</sup> D. de Pretis, *Valorizzazione dei beni pubblici e piani urbanistici*, cit., in *Le Regioni*, 2010, 4, 884 ss.

<sup>43</sup> P. Mantini, *Dismissioni e valorizzazione del patrimonio pubblico*, cit., in [www.farecentro.org](http://www.farecentro.org).

## la valorizzazione dei beni pubblici

conformità agli strumenti di pianificazione sovraordinata, al fine di concludere il procedimento entro il termine perentorio di novanta giorni dalla deliberazione comunale. Trascorsi i predetti sessanta giorni, in assenza di un intervento legislativo regionale, le varianti agli strumenti urbanistici generali ed attuativi si intendono comunque tacitamente approvate dalla regione secondo quanto previsto dall'art. 25, c. 2, l. 28 febbraio 1985, n. 47, ovvero decorsi centoventi giorni dalla loro trasmissione alla stessa regione.

La norma è stata impugnata dalla sola regione Veneto<sup>44</sup>, unitamente ad altre disposizione in materia di valorizzazione e dismissione dei beni pubblici, che hanno affidato all'Agenzia del demanio il ruolo di promotore dei relativi procedimenti e di ausiliatore degli enti locali.

Le questioni sollevate dalla regione Veneto in relazione all'art. 58 sono state dichiarate infondate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 284/2012, sul presupposto che il breve termine imposto dallo Stato alla regione per legiferare non fosse irragionevole. Pure infondate sono state dichiarate le altre questioni sollevate dalla regione Veneto sul ruolo affidato all'Agenzia del demanio. Al di là delle motivazioni puntuali che hanno indotto la Corte a respingere il ricorso regionale, la sentenza è di grande interesse in quanto, in un contesto di severa crisi economica, difende con forza la scelta del legislatore di rilanciare processi di valorizzazione e di dismissione dei beni pubblici quali strumenti che, se attuati, possono concorrere a garantire la stabilità economica e finanziaria del Paese. Partendo da queste premesse, a parere del Giudice delle leggi, «la prospettiva evocata dalla regione ricorrente appare, al contrario, ispirata da una visione essenzialmente “patrimonialistica”, e finisce per risultare, perciò, eccentrica rispetto alla logica del provvedimento censurato: il quale, lungi dal proporre una contaminazione delle competenze circa la titolarità dei beni in questione, introduce unicamente meccanismi volti alla ottimizzazione complessiva del patrimonio immobiliare pubblico, incidendo in primo luogo sul profilo funzionale della sua destinazione ed utilizzazione economica». Ne consegue che «il profilo, per così dire, “finanziario” appare, in altri termini, del tutto prevalente rispetto a quello meramente “patrimoniale” dei diritti,

<sup>44</sup> La regione Veneto aveva nel frattempo approvato la l.r. 16 febbraio 2010, n. 11, il cui art. 35 ha previsto che il piano delle alienazioni e valorizzazioni del patrimonio immobiliare del comune, qualora determini una nuova destinazione urbanistica dei beni ivi inseriti e sia approvato dal consiglio comunale, costituisce adozione di variante allo strumento urbanistico generale, da approvarsi secondo le procedure ordinarie di cui all'art. 18, c. 3, 4, 5 e 6, l. r. 23 aprile 2004, n. 11, e, nel caso in cui comporti una modifica al piano di assetto del territorio, con le procedure, pure ordinarie, di cui all'art. 14, c. da 2 a 8 della medesima l. r. n.11/2004.

o delle competenze, che gli enti territoriali esercitano su quei beni, consentendo di ricondurre l'innesto normativo censurato nel panorama, come già detto, delle misure di coordinamento della finanza pubblica». Il fatto che le norme impugnate s'inseriscano «in un disegno complessivo di razionalizzazione e valorizzazione economico-finanziaria degli immobili come una tra le più consistenti "risorse" pubbliche», induce la Corte a «respingere la semplice visione "localistica" del governo del territorio» da cui, a suo dire, muoverebbe la regione Veneto.

Rispetto alla sentenza n. 340 del 2009, la prospettiva da cui muove la sentenza n. 284 del 2012 sembrerebbe per così dire ribaltata: le esigenze di cassa che muovono le politiche statali di dismissione dei beni pubblici prevalgono su quelle che attengono al buon governo del territorio su cui tali beni insistono poiché esse esprimono un'esigenza meramente locale, e dunque tendenzialmente destinata a soccombere rispetto a un'esigenza nazionale. L'eventuale disciplina regionale, dettata ai sensi dell'art. 58, d.l. n. 112/2008, laddove non intenda attribuire alla delibera del consiglio comunale di approvazione l'effetto di variante automatica dello strumento urbanistico, sarà comunque vincolata ad un principio di semplificazione che impone di individuare meccanismi che consentano di concludere l'*iter* innanzi alla regione in tempi rapidi e certi. L'eccezionalità della situazione economica richiede procedure eccezionali – semplificate e accelerate – delle quali la stessa Corte costituzionale si fa garante nei confronti dello Stato e delle Regioni.

## 5. Il tema degli strumenti

Quanto al profilo degli strumenti, negli ultimi venti anni il legislatore statale ha battuto molte strade al fine di semplificare e rendere realmente efficaci e redditizie le procedure di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici, con risultati non sempre corrispondenti alle aspettative. Ne è derivato un amplissimo ventaglio di strumenti tra i quali è tutt'altro che semplice districarsi<sup>45</sup> anche a causa delle continue modifiche normative alle quali sono stati sottoposti: dai veicoli societari (quali le società di gestione del risparmio, che hanno il compito di fornire capitali e competenze per raccogliere risorse sul mercato al fine di acquistare, valorizzare immobili, so-

<sup>45</sup> Per avere un quadro aggiornato di questi strumenti si può rinviare alla pubblicazione *Politiche e strumenti per la valorizzazione economica e sociale del territorio attraverso il miglior utilizzo degli immobili pubblici*, cit., in [www.agenziademanio.it](http://www.agenziademanio.it).

## la valorizzazione dei beni pubblici

stenero gli investimenti per le infrastrutture, o le società di trasformazione urbana<sup>46</sup>, braccio operativo degli enti locali, mai realmente decollate, con funzioni di progettazione delle trasformazioni urbanistiche, acquisizione delle aree, anche tramite esproprio, trasformazione e commercializzazione delle stesse), ai fondi immobiliari riservati ai soggetti pubblici o aperti alla partecipazione dei soggetti privati<sup>47</sup>; agli strumenti di programmazione (piani delle alienazioni e delle valorizzazioni, programmi unitari di valorizzazione territoriale), anche con valenza urbanistica; ai provvedimenti puntuali aventi ad oggetto singoli beni pubblici (concessioni di valorizzazione<sup>48</sup>), anch'essi con valenza urbanistica.

L'estrema complessità del quadro normativo non ha certamente agevolato l'avvio di processi di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici di largo respiro. Gli enti locali, soprattutto quelli di minori dimensioni, spesso non riescono a rincorrere la rapida evoluzione della normativa, e dunque ad avviare credibili processi di dismissione e di valorizzazione dei loro beni. D'altro canto, gli stessi operatori economici, che sono gli interlocutori principali degli enti locali, non potendo contare su un quadro normativo stabile, temono di investire nella realizzazione di progetti immobiliari, le cui sorti paiono condizionate dalla fortissima dialettica che sovente si innesca tra legislatore statale – legislatore regionale – giudice amministrativo e Corte costituzionale (e ciò senza considerare i casi in cui all'incertezza “giuridica” si affianca anche quella “politica”).

Degli strumenti sopra richiamati rivestono particolare interesse, ai fini della presente indagine, quelli di carattere programmatico/pianificatorio che sono in grado di incidere direttamente sulle politiche di “governo del territorio” degli enti locali. È il caso dei piani delle alienazioni e delle valorizzazioni immobiliari (PAVI) o dei programmi unitari di valorizzazione ter-

<sup>46</sup> Sulle società di trasformazione urbana si vedano: F. Martini, *Beni pubblici e governo del territorio*, cit., in *La nozione flessibile di proprietà pubblica*, cit., a cura di G. Colombini, Milano, Giuffrè, 2008, 197 ss.; M. Passalacqua, *Le società di trasformazione urbana quale strumento di valorizzazione territoriale*, in *Urb. app.*, 2010, 2, 133 ss.; C. Vitale, *La collaborazione pubblico-privato per l'attuazione delle prescrizioni urbanistiche. Le società di trasformazione urbana*, in *La collaborazione pubblico – privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 365 ss.; ID., *Le società di trasformazione urbana*, in *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. Cabiddu, Torino, Giappichelli, 2010, 219 ss.

<sup>47</sup> M. Sondelli, *Nuove opportunità gestionali per la valorizzazione del patrimonio immobiliare degli enti locali*, in *Azienditalia*, 2011, 1, 13.

<sup>48</sup> L. Mercati, *La collaborazione pubblico-privato nella gestione e nei processi di valorizzazione del patrimonio pubblico*, in *La collaborazione pubblico-privato*, cit., a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 481 ss.

ritoriale (PUVT) i quali prevedono la possibilità di intervenire sugli strumenti urbanistici degli enti territoriali, al fine di variare le destinazioni d'uso, adeguandole alle politiche di sviluppo del territorio che questi si propongono di sostenere o, assai più spesso, alle esigenze del mercato e dunque dei potenziali acquirenti privati. Tale possibilità, che costituisce una leva non indifferente rispetto al successo o all'insuccesso delle operazioni di dismissione dei beni pubblici, è stata utilizzata dagli enti locali per lo più con scarsa consapevolezza. Accanto alle difficoltà comunque connesse all'individuazione dei beni da dismettere, alla determinazione del loro valore, alla complessità e alla lentezza delle procedure che coinvolgono una pluralità di pubbliche amministrazioni, pesano soprattutto l'assenza di progetti credibili per la futura utilizzazione dei beni da dismettere, e la scarsa trasparenza delle operazioni di dismissione nel loro complesso, che non prevedono adeguati spazi di partecipazione per i cittadini e le collettività locali, così sostanzialmente tagliati fuori dalle scelte relative alle nuove destinazioni dei beni pubblici dismessi.

In materia, la principale norma di riferimento è costituita dal già richiamato art. 58, d.l. n. 112/2008<sup>49</sup>, che individua un percorso finalizzato al riordino, alla gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di regioni, province, comuni e altri enti locali, e delle società o enti a totale partecipazione dei predetti enti. Con delibera dell'organo di governo (da individuarsi in base alle norme che disciplinano a livello legislativo e statutario il riparto delle funzioni) viene redatto un apposito elenco, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso i rispettivi archivi e uffici, dei singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all'esercizio delle funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dismissione<sup>50</sup>. All'interno del piano, possono essere inseriti, previa intesa, anche immobili di proprietà dello Stato individuati dall'Agenzia del demanio tra quelli che insistono nel territorio dell'ente procedente. L'inserimento degli immobili nel piano determina per tutti i beni inseriti, la classificazione come patrimonio disponibile e quindi la loro libera alienabilità, fatto salvo il rispetto delle tutele di natura storico-artistica, archeologica, architettonica e paesaggistico-ambientale, che continuano a trovare applicazione.

<sup>49</sup> Per un commento alla disciplina dell'art. 58, d.l. n. 112/2008 si veda F. Martini, *I piani delle alienazioni e delle valorizzazioni degli immobili pubblici: ancora la disciplina dei beni pubblici tra esigenze finanziarie e governo del territorio*, in *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno ed internazionale. Atti del convegno di Pisa del 2007*, a cura di G. Colombini, Napoli, Jovene, 2009, 173 ss.

<sup>50</sup> Il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari è allegato al bilancio di previsione dell'Ente di riferimento ai sensi dell'art. 58, c. 1, d.l. n. 112/2008.



## la valorizzazione dei beni pubblici

Il piano è trasmesso agli enti competenti, i quali si esprimono entro trenta giorni, decorsi i quali, in caso di mancata espressione da parte dei medesimi enti, la classificazione è resa definitiva. Il piano è successivamente approvato con delibera del consiglio comunale, il quale ratifica anche l'atto di deliberazione se trattasi di società o ente a totale partecipazione pubblica. La deliberazione determina le (nuove) destinazioni d'uso urbanistiche degli immobili e, laddove sia previsto alla legge regionale, essa è in variante allo strumento urbanistico. Come già scritto, le regioni avrebbero dovuto disciplinare, entro sessanta giorni l'eventuale equivalenza della deliberazione del consiglio comunale di approvazione quale variante allo strumento urbanistico generale, prevedendo le eventuali procedure semplificate per la relativa approvazione<sup>51</sup>. Nell'ambito della predetta normativa di semplificazione, possono poi essere previste procedure di co-pianificazione per l'eventuale verifica di conformità agli strumenti di pianificazione sovraordinata, che consentano di concludere il procedimento entro il termine perentorio di novanta giorni dalla deliberazione comunale. Laddove le regioni non si attivino, le eventuali varianti si intendono comunque approvate entro centoventi giorni dall'atto di approvazione del piano o dall'atto di ratifica, ai sensi di quanto è previsto dal c. 2 dell'art. 25 l. n. 47/1985<sup>52</sup>.

È stato più volte evidenziato il rischio che gli enti territoriali utilizzino questo strumento in modo spregiudicato, ad es. convertendo terreni agricoli in terreni edificabili ed immettendoli sul mercato<sup>53</sup>. Ma questo non è questo il solo limite che la norma presenta. Poiché il piano ha ad oggetto non la riconversione di aree più o meno ampie del territorio comunale, ma quella di singoli specifici immobili, è evidente il rischio che si dia luogo, in assenza di una strategia unitaria di fondo, a vere e proprie forme di ripiani-

<sup>51</sup> Per una panoramica delle leggi regionali che hanno attuato interventi di semplificazione in materia si veda P. Marzaro, *La semplificazione dei procedimenti di variante degli strumenti di pianificazione territoriale e degli strumenti urbanistici in sede di dismissione e alienazione del patrimonio immobiliare*, cit., in *Riv. giur. urb.*, 2012, 4, 652

<sup>52</sup> Il c. 9-bis, d.l. n. 112/2008 ha previsto che «in caso di conferimento a fondi di investimento immobiliare dei beni inseriti negli elenchi di cui al c. 1, la destinazione funzionale prevista dal piano delle alienazioni e delle valorizzazioni, se in variante rispetto alle previsioni urbanistiche ed edilizie vigenti ed in itinere, può essere conseguita mediante il procedimento di cui all'art. 34, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e delle corrispondenti disposizioni previste dalla legislazione regionale. Il procedimento si conclude entro il termine perentorio di centottanta giorni dall'apporto o dalla cessione sotto pena di retrocessione del bene all'ente locale. Con la medesima procedura si procede alla regolarizzazione edilizia ed urbanistica degli immobili conferiti». In questi casi, il potere decisionale che la procedura di cui all'art. 58 riserva al comune si affievolisce per effetto della previsione di un accordo di programma. Sul punto si veda P. Marzaro, *La semplificazione dei procedimenti di variante degli*

ficazione a macchia di leopardo, con innesti di nuove destinazioni potenzialmente estranee o comunque scollegate alla vocazione più ampia delle zone nelle quali si inseriscono.

Ad una logica in parte diversa rispetto a quella sopra descritta (che tende a concentrarsi sul singolo bene immobile da valorizzare o da dismettere ignorando invece il contesto territoriale nel quale si inserisce), parrebbero ispirarsi, almeno in linea teorica, i programmi unitari di valorizzazione territoriale<sup>54</sup>, disciplinati dall'art. 27, c. 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, che ha inserito l'art. 3-ter nel d.l. 25 settembre 2001 n. 351, conv. in l. 23 novembre 2001, n. 410<sup>55</sup>.

Le finalità che il legislatore statale dichiara di perseguire attraverso i PUV sono assai ampie e per certi versi fin troppo "ottimistiche": tali strumenti dovrebbero addirittura contribuire alla stabilizzazione finanziaria dello Stato e degli enti territoriali, promuovendo iniziative volte allo sviluppo economico e alla coesione sociale attraverso le quali si ritiene di poter garantire la stabilità del Paese. A ben vedere, attraverso il richiamo alle predette finalità, parrebbe più semplicemente nascondersi il tentativo di ancorare tale disciplina alle competenze legislative concorrenti dello Stato in materia di coordinamento della finanza pubblica, al fine di porla al riparo da eventuali interferenze parte delle regioni. In attuazione delle predette finalità, i programmi unitari di valorizzazione territoriale puntano ad avviare, attuare e concludere, in tempi certi, autodeterminati dalle amministrazioni partecipanti un processo di valorizzazione unico dei predetti immobili in

*strumenti di pianificazione territoriale e degli strumenti urbanistici in sede di dismissione e alienazione del patrimonio immobiliare*, cit., in *Riv. giur. urb.*, 2012, 4, 652.

<sup>53</sup> D. de Pretis, *Valorizzazione dei beni pubblici e piani urbanistici*, cit., in *Le Regioni*, 2010, 4, 884 ss.; F. Costantino, *La dismissione del patrimonio immobiliare e la foresta di Sherwood*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it)

<sup>54</sup> M. Arsi, *Gli strumenti finanziari e le procedure per la dismissione e la valorizzazione dei beni pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 256 ss.

<sup>55</sup> Questi si affiancano ai programmi unitari di valorizzazione già disciplinati dall'art. 3, c. 15-bis, del medesimo decreto con riferimento agli immobili dello Stato. La norma prevede che l'Agenzia del demanio possa individuare, d'intesa con gli enti territoriali interessati, una pluralità di beni immobili pubblici per i quali è attivato un processo di valorizzazione unico, in coerenza con gli indirizzi di sviluppo territoriale, che possa costituire, nell'ambito del contesto economico e sociale di riferimento, elemento di stimolo ed attrazione di interventi di sviluppo locale. La norma precisa che è elemento prioritario di individuazione, nell'ambito dei predetti programmi unitari, la suscettività di valorizzazione dei beni immobili pubblici mediante concessione d'uso o locazione, nonché l'allocazione di funzioni di interesse sociale, culturale, sportivo, ricreativo, per l'istruzione, la promozione delle attività di solidarietà e per il sostegno alle politiche per i giovani, nonché per le pari opportunità.

## la valorizzazione dei beni pubblici

coerenza con gli indirizzi di sviluppo territoriale e con la programmazione economica che possa costituire, nell'ambito del contesto economico e sociale di riferimento, elemento di stimolo ed attrazione di interventi di sviluppo sostenibile locale, nonché per incrementare le dotazioni di servizi pubblici locali e di quelle relative all'abitare.

La norma in parola prevede che il Presidente della giunta regionale, d'intesa con la provincia e i comuni interessati, possa promuovere la formazione di "programmi unitari di valorizzazione territoriale"<sup>56</sup> per il riutilizzo funzionale e la rigenerazione degli immobili di proprietà della regione stessa, della provincia e dei comuni e di ogni soggetto pubblico, anche statale, proprietario, detentore o gestore di immobili pubblici nonché degli immobili già oggetto di procedure di valorizzazione sulla base del d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, sul c.d. "federalismo demaniale". Nel caso in cui tali programmi unitari di valorizzazione territoriale non coinvolgano più enti territoriali, il potere d'impulso può essere assunto dall'organo di governo di detti enti. Qualora tali programmi unitari di valorizzazione siano riferiti ad immobili di proprietà dello Stato o in uso alle amministrazioni centrali dello Stato, il potere d'impulso è invece assunto dal Ministero dell'economia e delle finanze – Agenzia del demanio.

La norma affronta, quindi, la principale criticità emersa nella prassi, consistente nella rimodulazione degli strumenti di pianificazione territoriale e di regolamentazione urbanistica in coerenza agli obiettivi del programma. In questi casi, il Presidente della giunta regionale, ovvero l'organo di governo preposto, promuove la sottoscrizione di un accordo di programma, da concludersi entro cento venti giorni.

Al fine di facilitare la conclusione dell'accordo, sono previsti vantaggi economici per gli enti locali interessati dal procedimento, ai quali può essere attribuita una quota compresa tra il cinque per cento e il quindici per cento del ricavato della vendita degli immobili valorizzati se di proprietà dello Stato da corrisponderci a richiesta degli stessi, in tutto o in parte, anche come quota parte dei beni oggetto del processo di valorizzazione. Qualora tali immobili, ai fini di una loro valorizzazione, siano oggetto di concessione o locazione onerosa, all'amministrazione comunale è riconosciuta una somma non inferiore al cinquanta per cento e non superiore al cento per cento del contributo di costruzione dovuto per l'esecuzione delle opere necessarie alla

<sup>56</sup> M. Arsì, *Il decreto "Salva Italia"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 229; P. Marzaro, *La semplificazione dei procedimenti di variante degli strumenti di pianificazione territoriale e degli strumenti urbanistici in sede di dismissione e alienazione del patrimonio immobiliare*, cit., in *Riv. giur. urb.*, 2012, 4, 655.

riqualificazione e riconversione, che il concessionario o il locatario corrisponde all'atto del rilascio o dell'efficacia del titolo abilitativo edilizio.

Le regioni possono disciplinare eventuali ulteriori modalità di conclusione del predetto accordo di programma, anche ai fini della celere approvazione della variante agli strumenti di pianificazione urbanistica e dei relativi effetti, della riduzione dei termini e delle semplificazioni procedurali che i soggetti partecipanti si impegnano ad attuare, con possibilità di prevedere poteri sostitutivi da parte delle regioni medesime.

Nel tentativo di attuare forme di semplificazione e soprattutto di coordinamento delle varie procedure previste dalle leggi statali (ed in particolare, dei piani delle alienazioni e delle valorizzazioni e dei piani unitari di valorizzazione territoriale) alcune regioni hanno dettato un'autonoma disciplina nel rispetto dei principi imposti dalla legislazione statale. In particolare, la l.r. Toscana 9 marzo 2012, n. 8 ha dettato norme al fine di avviare, attuare e concludere, in tempi certi, processi di valorizzazione unici a livello regionale del patrimonio pubblico coerenti con gli indirizzi della pianificazione territoriale e dello sviluppo territoriale e con la programmazione economica regionale<sup>57</sup>. La medesima legge disciplina, da un lato, il procedimento per la formazione dei piani unitari di valorizzazione e le caratteristiche degli interventi di valorizzazione ivi previsti, dall'altro il procedimento semplificato per l'approvazione delle varianti urbanistiche previste dai piani delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari di cui all'art. 58, c. 1, d.l. n. 112/2008, distinguendo le ipotesi in cui l'eventuale variante allo strumento urbanistico possa essere approvata già in sede di piano per le alienazioni e le valorizzazioni, oppure, per gli interventi che hanno un più elevato impatto sul territorio, occorra la predisposizione di un PUVT al quale detto effetto è ricollegato (è il caso, ad es., del mutamento della destinazione urbanistica di aree con esclusiva o prevalente funzione agricola, o di aree inedificate ricadenti in contesti privi di opere di urbanizzazione primaria, oppure di aree inedificate dichiarate di notevole interesse pubblico).

Ciò che invece, a tutt'oggi, costituisce un limite è il difetto di coordinamento di questi strumenti con gli strumenti tipici della riqualificazione urbana, quali i programmi complessi, i programmi di riqualificazione urbana, i programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio, oltre con quelli della programmazione negoziata di cui all'art. 2, c. 203, l. 23 dicembre 1996 n. 662. Tale coordinamento risulterebbe invece necessario in quanto consentirebbe un evidente salto di qualità, favorendo l'inserimento dei processi di valorizzazione e di dismissione degli immobili

<sup>57</sup> Si veda P. Marzaro, *op. cit.*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 4, 663.

## la valorizzazione dei beni pubblici

pubblici nel contesto di una più ampia strategia che punta al rilancio dell'intero contesto (urbanistico, economico, sociale) in cui questi sono inseriti.

Un ulteriore limite di questi strumenti è che essi vedono un coinvolgimento piuttosto scarso dei privati (operatori economici, ma anche associazioni e cittadini) nella fase delicatissima in cui si procede all'individuazione della nuova destinazione urbanistica dei beni pubblici da valorizzare o da dismettere. Questa è normalmente effettuata dai soggetti pubblici coinvolti nell'operazione di dismissione o di valorizzazione (ad es. la dismissione di una caserma con l'assegnazione di una nuova destinazione urbanistica è il frutto di un accordo tra il Ministero della difesa o l'Agenzia del demanio, il comune sul cui territorio la caserma insiste, il Ministero dei beni culturali, se si tratta di un bene culturale, la regione, la provincia, ecc.), mentre non vi partecipano gli operatori economici privati, pur essendo i soggetti che saranno in seguito chiamati a farsi carico delle attività di valorizzazione dei beni o ad acquistare i beni dismessi<sup>58</sup>.

Il mancato coinvolgimento degli operatori economici privati nella fase in cui si procede alla scelta delle nuove destinazioni d'uso dei beni pubblici interessati è probabilmente una delle concause dell'insuccesso delle politiche di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici. O le pubbliche amministrazioni sono in grado di "fiutare" il mercato al fine di anticiparne i bisogni e le tendenze, oppure è pressoché inevitabile che si determini un *gap* tra il programma o il progetto che le pubbliche amministrazioni intendono realizzare attraverso la nuova destinazione del bene pubblico e le istanze degli operatori economici privati, che potrebbero non avere interesse ad essa, non trovandola, in ipotesi, economicamente fattibile o conveniente.

Con ciò non si vuole dire che la scelta circa le nuove destinazioni debba essere rimessa esclusivamente al mercato, o che la pubblica amministrazione debba abdicare al proprio ruolo in favore di quest'ultimo. Si vuole piuttosto sostenere che se il soggetto pubblico intende immettere il bene sul

<sup>58</sup> Ad esempio, per quanto riguarda i PUVT, la partecipazione dei privati sembra confinata esclusivamente nella fase esecutiva/attuativa, riservandosi agli enti territoriali le scelte strategiche sulla (nuova) destinazione dei beni oggetto dei processi di valorizzazione.

Le aspettative nei confronti di questi strumenti appaiono, non di meno, piuttosto elevate: ed infatti, «i programmi di valorizzazione immobiliare, soprattutto se attuati in forma partenariale, possano anche costituire una nuova rotta per la rigenerazione funzionale di interi spazi urbani, recuperando funzionalmente patrimoni edilizi presenti nei centri storici, ovvero nei borghi d'Italia, ove ad esempio fenomeni di progressivo abbandono possono essere convertiti sotto forma di ricettività diffusa, volta ad incrementare e riqualificare l'offerta turistica locale» (cfr. N. Mari, *La valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico nelle manovre varate per la crescita, l'equità ed il consolidamento dei conti pubblici*, in *Urb. app.*, 2012, 4, 377).

mercato, l'indicazione delle nuove destinazioni d'uso dei beni da dismettere dovrebbe provenire dal mercato o, quantomeno, dovrebbe tenere conto anche delle istanze del mercato. Una via potrebbe essere quella per la quale i piani delle alienazioni e delle valorizzazioni o i programmi unitari di valorizzazione territoriale si limitino ad indicare le destinazioni di massima, rimettendo agli operatori economici privati, in concorrenza tra loro, l'elaborazione e il successivo sviluppo dei progetti di dismissione o di valorizzazione dei beni pubblici. Oppure si potrebbe anticipare l'apporto degli operatori economici privati nella fase della definizione delle scelte delle destinazioni urbanistiche (che rimarrebbero comunque sostanzialmente in capo alle amministrazioni, in quanto titolari del potere urbanistico<sup>59</sup>). A quest'obiettivo potrebbero essere funzionali i vari strumenti nei quali si attua l'urbanistica consensuale<sup>60</sup>, quali ad es. gli accordi urbanistici, previsti da alcune leggi regionali<sup>61</sup>.

Non meno rilevante, anche se allo stato più difficile da far emergere al di fuori degli ordinari strumenti di pianificazione urbanistica, parrebbe essere il ruolo dei cittadini singoli e associati che possono contribuire alla formazione delle decisioni pubbliche in ordine alla utilizzazione dei beni da valorizzare o da dismettere e che sono portatori di istanze di carattere ambientale, sociale, culturale che rischiano di restare schiacciate, e che invece possono costituire un valore aggiunto laddove opportunamente convogliate nell'ambito dei procedimenti di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici.

<sup>59</sup> M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 4, 539 ss.; F. Pellizzer, *Gli accordi pubblico-privato nel governo del territorio*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 131 ss.

<sup>60</sup> Tra gli innumerevoli contributi sul tema si segnalano: S. Civitaresse Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, a cura di F. Pugliese e E. Ferrari, Milano, Giuffrè, 1999, 163 ss.; P. Urbani, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 1-2, 222; ID., *L'urbanistica consensuale, la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000; ID., *Pianificare per accordi*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 4, II, 177; ID., *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 2, II, 47; P. Urbani e S. Civitaresse Matteucci, *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2004; G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e privati*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 470 ss.; S. Moro, *Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 3-4, 453 ss.

<sup>61</sup> Si vedano ad es. art. 18, l.r. Emilia-Romagna 24 marzo 2000, n. 20 e art. 6, l.r. Veneto n. 11/2004.

## la valorizzazione dei beni pubblici

Nella direzione di un maggiore coinvolgimento (almeno) degli operatori economici privati sembra muoversi l'art. 33, d.l. n. 98/2011 che è intervenuto prevedendo la creazione di un sistema integrato di fondi immobiliari, con l'obiettivo di accrescere l'efficienza dei processi di sviluppo e valorizzazione dei patrimoni immobiliari di proprietà degli enti territoriali, di altri enti pubblici e dagli enti vigilati da questi. Tale impostazione risponde all'esigenza di affrontare talune criticità apparse sempre più evidenti negli ultimi anni, con particolare riguardo sia alla scarsa disponibilità di risorse finanziarie, da parte degli enti territoriali, per sostenere interventi di valorizzazione e sviluppo del proprio patrimonio immobiliare, causata dai vincoli del patto di stabilità, nonché dalla difficile congiuntura economica, sia alla necessità di disporre di competenze altamente specializzate, in grado di fornire supporto tecnico specialistico nella strutturazione di organici piani integrati di razionalizzazione e sviluppo immobiliare, finalizzati contestualmente alla riduzione della spesa, alla creazione di valore, alla generazione di entrate. La norma, dunque, assegna un ruolo propositivo rilevante agli enti territoriali, cui spetta il compito di dare avvio ai processi di valorizzazione dei propri patrimoni immobiliari, prestando particolare attenzione agli effetti sociali, ambientali e di impatto sullo sviluppo del territorio. Non solo, prevedendo la possibilità che anche i soggetti privati scelti secondo le modalità di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 possano presentare proposte di valorizzazione, essa apre a forme di partenariato pubblico – privato che dovrebbero ampliare il respiro strategico degli interventi.

Nella stessa direzione si muove anche l'art. 33-*bis*, d.l. n. 98/2011 introdotto dall'art. 27, d.l. n. 201/2011. In base a questa norma, l'Agenzia del demanio promuove iniziative idonee per la costituzione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di società, consorzi o fondi immobiliari<sup>62</sup>. Questa assume il ruolo di "facilitatore" nella costruzione delle condizioni della concertazione istituzionale tra tutti quei soggetti pubblici interessati a "mettere a sistema" i propri patrimoni immobiliari, nell'ambito di un progetto comune di sviluppo, valorizzazione e messa a reddito.

L'avvio della verifica di fattibilità delle iniziative è promosso dall'Agenzia del demanio. Qualora siano compresi immobili soggetti a vincoli

<sup>62</sup> Già nel 2003, per la verità, era stata introdotta, con l'art. 30, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326, la possibilità di promuovere società di trasformazione urbana per la valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione del patrimonio immobiliare dello Stato, con la partecipazione del Ministero dell'economia e delle Finanze, attraverso l'Agenzia del demanio, degli enti territoriali ed, eventualmente, di azionisti privati, selezionati tramite procedure di evidenza pubblica.

di tutela, per l'acquisizione di pareri e nulla-osta preventivi ovvero orientativi da parte delle Amministrazioni preposte alla tutela, l'Agenzia del demanio procede alla convocazione di una conferenza dei servizi che si deve esprimere nei termini e con i criteri indicati nel predetto articolo. Conclusa la procedura di individuazione degli immobili, i soggetti interessati si pronunciano entro sessanta giorni dal ricevimento della proposta. Le risposte positive costituiscono intesa preventiva all'avvio delle iniziative. In caso di mancata espressione entro i termini anzidetti, la proposta deve essere considerata inattuabile. Qualora le iniziative prevedano forme societarie, vi partecipano i soggetti apportanti e il Ministero dell'economia e delle finanze – Agenzia del demanio, che aderisce anche nel caso in cui non vi siano inclusi beni di proprietà dello Stato in qualità di finanziatore e di struttura tecnica di supporto. L'Agenzia del demanio individua, attraverso procedure di evidenza pubblica, gli eventuali soggetti privati partecipanti. Può avvalersi della collaborazione di soggetti specializzati nel settore, individuati tramite procedure a evidenza pubblica, o di altri soggetti pubblici.

I rapporti tra Agenzia del demanio e i soggetti partecipanti sono disciplinati dalla legge, e da un atto contenente a pena di nullità i diritti e i doveri delle parti, anche per gli aspetti patrimoniali. Tale atto deve contenere, inoltre, la definizione delle modalità e dei criteri di eventuale annullamento dell'iniziativa, prevedendo l'attribuzione delle spese sostenute, in quota proporzionale, ai soggetti partecipanti.

A differenza di quanto è previsto per l'inclusione nel piano per le alienazioni e le valorizzazioni, che produce quale effetto il passaggio dei beni al patrimonio disponibile e la libera alienabilità degli stessi, il trasferimento alle società o l'inclusione nel quadro delle iniziative concordate non incidono sul regime giuridico dei beni trasferiti che restano dunque inclusi nel demanio o nel patrimonio indisponibile, e dunque sono inalienabili.

Emerge, dunque, con evidenza il ruolo centrale affidato all'Agenzia del demanio, che diventa il motore delle iniziative di valorizzazione del patrimonio immobiliare degli enti territoriali<sup>63</sup>. Tale ruolo, se da un lato costituisce un valore aggiunto, poiché consente a questi ultimi di porre rimedio al gap di competenze tecnico specialistiche che ha costituito uno dei principali freni all'avvio dei processi di valorizzazione dei beni pubblici, dall'al-

<sup>63</sup> Sul ruolo che l'Agenzia del demanio assume nei processi di dismissione e valorizzazione dei beni pubblici si veda L. Mercati, *Pubblico e privato*, cit., Torino, Giappichelli, 2009, 138 ss.; E. Bani, *Le strutture per la gestione delle dismissioni immobiliari dello Stato e per la "valorizzazione" del patrimonio pubblico*, in *La nozione flessibile di proprietà pubblica*, cit., a cura di G. Colombini, Padova, Cedam, 2008, 167 ss.



## la valorizzazione dei beni pubblici

tro, potrebbe essere interpretato un'ulteriore spia di quel cammino verso la ricentralizzazione<sup>64</sup> e la riappropriazione da parte dello Stato di spazi di competenze spettanti agli Enti territoriali in materia del governo del territorio<sup>65</sup>.

I nuovi strumenti per la valorizzazione e gestione degli immobili pubblici introdotti dall'art. 27, d.l. n. 201/2011, sopra esaminati, pur con le debite differenze relative alla diversa portata, tentano un inquadramento delle relative attività nell'ambito di più vasti processi di concertazione istituzionale e di partenariato. Il fine parrebbe evidentemente quello di accrescerne in modo significativo l'efficacia, ricorrendo a processi e modelli operativi che prevedono il coinvolgimento – diretto o indiretto – di tutti coloro che hanno specifici obiettivi da perseguire in relazione a determinate azioni/iniziative, ovvero dispongono delle risorse – finanziarie e non – necessarie ad influenzarne l'esito. L'ingresso dei privati nei processi di dismissione e valorizzazione dei beni pubblici già nella fase della loro progettazione dovrebbe evidentemente ridurre i pericoli connessi alla difficoltà di trovare operatori economici disposti ad investire sui beni da alienare o da valorizzare dopo che essi sono stati “riprogrammati”. Non di meno, non si può tacere il rischio, per la verità sempre presente nel contesto di operazioni che coinvolgono i privati già nella fase della definizione delle scelte urbanistiche, di fenomeni di “cattura del regolatore”, ove esso si lasci piegare agli interessi di questi ultimi a scapito del più generale interesse pubblico. Sotto questo profilo, la partecipazione dell'Agenzia del Demanio, tendenzialmente estranea alle dinamiche locali, con compiti di assistenza tecnica agli Enti locali nella gestione delle operazioni, dovrebbe ridurre al minimo questi rischi.

La stessa logica volta a promuovere la partecipazione dei soggetti privati alle attività di valorizzazione e gestione dei beni immobili pubblici, si ritrova

Rispetto a quanto è invece previsto nella norma richiamata, il ruolo dell'Agenzia del demanio ha trovato pieno sostegno da parte della Corte costituzionale nella già richiamata sent. n. 284/2012 (punti 2 ss. del considerato in diritto).

<sup>64</sup> Il tema “ricentralizzazione”, anche rispetto al “governo del territorio”, è ampiamente affrontato nel lavoro di M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale tra tutela dei valori fondamentali ed esigenze strategiche*, Roma, Aracne, 2012.

<sup>65</sup> Nel mese di aprile 2012, è stato sottoscritto da ANCI ed Agenzia del demanio un protocollo di intesa, finalizzato alla attivazione dei servizi di supporto agli enti territoriali interessati alla valorizzazione del loro patrimonio immobiliare, che definisce e regola le modalità di prestazione del supporto tecnico specialistico garantito dall'Agenzia del demanio e dall'Anici al fine di attuare le forme di collaborazione previste dagli artt. 33 e 33-bis, d.l. n. 98/2011.

anche nell'art. 27, d.l. n. 201/2011 intervenuto a modifica dell'art. 3-bis, d.l. n. 351/2001 per una nuova disciplina delle concessioni di valorizzazione, già disciplinate dall'art 1, c. 259, l. n. 27 dicembre 2006, n. 296<sup>66</sup>. In base a questa norma, gli enti territoriali possono oggi procedere alla valorizzazione dei beni pubblici mediante strumenti quali concessioni o locazioni, a titolo oneroso, con obbligo per i concessionari o i locatori di procedere alla riqualificazione e riconversione dei medesimi beni tramite interventi di recupero, restauro, ristrutturazione anche con l'introduzione di nuove destinazioni d'uso finalizzate allo svolgimento di attività economiche o di servizio per i cittadini. Gli interventi possono essere realizzati anche attraverso lo strumento del *project financing*.

Le ampie finalità che assistono le concessioni di valorizzazione giustificano in questo caso la possibilità di intervenire sulle destinazioni d'uso dei beni immobili interessati, per le quali non sono però previste procedure derogatorie<sup>67</sup>. Pertanto, l'eventuale modifica della destinazione urbanistica dovrebbe in teoria avere luogo secondo le procedure ordinarie di variante urbanistica, il che potrebbe rendere tale strumento poco appetibile per gli operatori economici privati per i tempi lunghi e i conseguenti costi che esse comportano. In concreto, è probabile che il bene pubblico oggetto della concessione sia già transitato attraverso un piano delle alienazioni e delle valorizzazioni o in un programma unitario, con conseguente eventuale modifica della sua destinazione già in quelle sedi.

L'art. 1, c. 308, l. 24 dicembre 2012, n. 228 ha introdotto un'ulteriore misura per incentivare i privati alla valorizzazione di beni pubblici. È stato disposto, infatti, che, al termine del periodo di tempo previsto dalle concessioni e locazioni di cui all'articolo considerato, il Ministero dell'economia e delle finanze – Agenzia del demanio, verificato il raggiungimento della finalità di riqualificazione e riconversione dei beni, riconosca al locatario/concessionario, ove non sussistano esigenze di utilizzo per finalità istituzionali, il diritto di prelazione per l'acquisto del bene, al prezzo di mercato, previa sua sclassificazione ed immissione nel patrimonio disponibile, ove naturalmente ciò sia effettivamente possibile in base al suo regime giuridico (ad es. per i beni culturali).

<sup>66</sup> L. Mercati, *La collaborazione pubblico-privato nella gestione e nei processi di valorizzazione del patrimonio pubblico*, cit., in *La collaborazione pubblico-privato*, cit., a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 481 ss.

<sup>67</sup> L. Mercati, *Pubblico e privato*, cit., Torino, Giappichelli, 2009, 245 ss.

## 6. I beni pubblici nelle dinamiche del federalismo demaniale

Alle procedure di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici verso il mercato, si sono affiancate, in tempi più recenti, le procedure del federalismo demaniale, con il passaggio dei beni pubblici dallo Stato alle regioni e agli enti locali, con successiva ed eventuale valorizzazione e/o dismissione ad opera di questi ultimi. Per quanto le procedure in esame corrono su piani assai diversi in ragione delle distinte finalità perseguite, finiscono, come si vedrà di seguito, per entrare in “concorrenza” tra loro poiché lo Stato potrebbe avere l’interesse a sottrarre al circuito del “federalismo demaniale”, che prevede il passaggio a titolo gratuito di beni che questi potranno valorizzare o dismettere, beni per i quali sussiste un suo interesse a valorizzare o dismettere direttamente a titolo oneroso.

La l. 5 maggio 2009, n. 42, in attuazione dell’art.119 Cost., ha previsto, all’art. 19, l’attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, nel rispetto di alcuni principi e criteri direttivi, quali il trasferimento a titolo non oneroso ad ogni livello di governo di distinte tipologie di beni, commisurate alle dimensioni territoriali, alle capacità finanziarie ed alle competenze e funzioni effettivamente svolte o esercitate dalle diverse regioni ed enti locali, fatta salva la determinazione da parte dello Stato di apposite liste che individuino nell’ambito delle citate tipologie i singoli beni da attribuire; l’attribuzione dei beni immobili sulla base del criterio di territorialità; il ricorso alla concertazione in sede di conferenza unificata, ai fini dell’attribuzione dei beni a comuni, province, città metropolitane e regioni; l’individuazione delle tipologie di beni di rilevanza nazionale che non possono essere trasferiti, ivi compresi i beni appartenenti al patrimonio culturale nazionale.

La delega è stata attuata parzialmente circa un anno dopo, dal d.lgs. n. 85/2010, recante “attribuzione a Comuni, Province, Città metropolitane e regioni di un loro patrimonio, ai sensi dell’art. 19, l. 5 maggio 2009, n. 42”<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Sul tema si vedano, in generale, gli scritti di A. Police, *Il federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, 1233 ss.; G. Lo Conte, “Federalismo demaniale” e regime giuridico dei beni pubblici, in *Gazzetta Amministrativa*, 2011, 1, 23 ss.; V. Nicotra, F. Pizzetti, *Federalismo demaniale: il primo passo nell’attuazione del federalismo fiscale*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); M. Antoniol, *Il Federalismo demaniale. Il principio patrimoniale del federalismo fiscale*, Padova, Cedam, 2010; G.F. Ferrari (a cura di), *Il Federalismo demaniale*, Torino, Giappichelli, 2010; F. Scuto, *Il “federalismo patrimoniale”*, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); G. Ielo, *Attribuzione del patrimonio a favore degli enti territoriali*, in *Azienditalia*, 2010, 14, 553 ss.; P.P.M. Vipiana, *I procedimenti amministrativi che realizzano il federalismo demaniale, nella prima attuazione del d.lgs. n. 85/2010*, in *Azienditalia*, 2010, 8, 585 ss.; M. Delfino e E. Savia, *Il federalismo de-*

In linea con la legge di delega, il decreto ha previsto che lo Stato proceda all'individuazione dei beni da attribuire a comuni, province, città metropolitane e regioni, secondo criteri di territorialità, sussidiarietà, adeguatezza, semplificazione, capacità finanziaria, correlazione con competenze e funzioni, nonché valorizzazione ambientale. L'attribuzione ha luogo a titolo non oneroso, ovvero, in altri termini, a titolo gratuito. Come è stato efficacemente scritto, l'uso della litote parrebbe avere la funzione di mascherare il depauperamento del patrimonio statale in favore degli enti territoriali<sup>69</sup>.

L'ente territoriale, a seguito del trasferimento, dispone del bene nell'interesse della collettività rappresentata ed è tenuto a favorirne la massima valorizzazione funzionale, a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività. Il significato di questa norma si chiarisce attraverso la lettura dei criteri in base ai quali l'attribuzione ha luogo.

Innanzitutto, si impone il rispetto dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e territorialità. In base ad essi i beni sono attribuiti, considerando il loro radicamento sul territorio, ai comuni, salvo che per l'entità o tipologia del singolo bene o del gruppo di beni, esigenze di carattere unitario richiedano l'attribuzione a province, città metropolitane o regioni quali livelli di governo maggiormente idonei a soddisfare le esigenze di tutela, gestione e valorizzazione, tenendo conto del rapporto che deve esistere tra beni trasferiti e funzioni di ciascun livello istituzionale.

Il secondo criterio ha imposto, invece, il rispetto del principio di semplificazione, con un'interpretazione innovativa che si traduce anche nella possibilità di alienazione dei beni, nel quale dovrebbe concretizzarsi dunque il vantaggio indiretto per la collettività cui si è fatto cenno. In applicazione di detto criterio, i beni possono essere inseriti dalle regioni e dagli enti locali in processi di alienazione e dismissione secondo le procedure di cui all'art. 58, d.l. n. 112/2008. Una particolarità, rispetto a quanto previsto dall'art. 58, è data dal fatto che la deliberazione da parte dell'ente territoriale

*maniale*, in *Azienditalia*, 2010, 7, 489 ss.; A. Lezzi, *Federalismo demaniale. Prime riflessioni sul decreto legislativo 28 maggio 2010*, n. 85, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 2, 229.

<sup>69</sup> A. Police, *Il federalismo demaniale*, cit., in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, 1233 ss. Per la verità il trasferimento non oneroso di beni dello Stato alle regioni e agli enti locali era già previsto anche dall'art. 17, c. 65, l. 15 maggio 1997, n. 127, poi abrogato dal c. 445 dell'art. 1, l. 30 dicembre 2004, n. 311. Tale norma aveva previsto che, con apposito regolamento, fossero disciplinati i casi e le modalità con le quali, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sono ceduti a titolo gratuito ai comuni, alle province e alle regioni che ne facciano richiesta, beni immobili dello Stato, iscritti in catasto nel demanio civile e militare che da almeno dieci anni risultino inutilizzati, quando non si tratti di beni inseriti in programmi di dismissione di beni immobili.

## la valorizzazione dei beni pubblici

di approvazione del piano delle alienazioni e valorizzazioni viene trasmessa ad un'apposita conferenza di servizi cui partecipano il comune, la provincia, la città metropolitana (ove istituite) e la regione interessati, volta ad acquisire le autorizzazioni, gli assensi e le approvazioni comunque denominati necessari alla variazione dello strumento urbanistico. La determinazione finale della conferenza di servizi costituisce provvedimento unico di autorizzazione di variazione dello strumento urbanistico generale e ne fissa i limiti e i vincoli. In ossequio a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 340 del 2009 che, come già detto, ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 58, c. 2, la norma ha fatto salve le procedure previste dalle leggi regionali per l'approvazione delle varianti agli strumenti urbanistici conseguenti alle nuove destinazioni attribuite ai beni pubblici<sup>70</sup>.

I successivi criteri indicati dall'art. 1 acquistano maggiore pregnanza nel caso in cui l'ente territoriale chieda l'attribuzione del bene con il precipuo fine di destinarlo a finalità di carattere istituzionale o al soddisfacimento di interessi generali. Si fa dunque riferimento alla capacità finanziaria, intesa come idoneità finanziaria necessaria a soddisfare le esigenze di tutela, gestione e valorizzazione dei beni, e alla correlazione con competenze e funzioni, intesa come connessione tra le competenze e le funzioni effettivamente svolte o esercitate dall'ente cui è attribuito il bene e le esigenze di tutela, gestione e valorizzazione del bene stesso e alla valorizzazione ambientale. Quest'ultima deve avere luogo avendo riguardo alle caratteristiche fisiche, morfologiche, ambientali, paesaggistiche, culturali e sociali dei beni trasferiti, al fine di assicurare lo sviluppo del territorio e la salvaguardia dei valori ambientali.

Nel complesso, l'art. 1 tenta di attuare un tutt'altro che agevole bilanciamento tra il profilo "sociale" che induce a valorizzare il bene utilizzando a vantaggio della collettività ed il profilo "economico" che induce a dismettere il bene per ritrarne un utile economico<sup>71</sup>, senza che sia chiara la prevalenza dell'uno o dell'altro, che viene in buona sostanza rimessa alla scelta dell'Ente, pur non essendo questo di fatto tenuto ad esplicitare le ragioni della scelta.

Molto opportunamente, quindi, il decreto ha previsto l'obbligo per l'ente territoriale di assicurare l'informazione della collettività circa il processo di valorizzazione, anche tramite divulgazione sul sito internet istitu-

<sup>70</sup> P. Marzaro, *La semplificazione dei procedimenti di variante degli strumenti di pianificazione territoriale e degli strumenti urbanistici in sede di dismissione e alienazione del patrimonio immobiliare*, cit., in *Riv. giur. urb.*, 2012, 4, 653.

<sup>71</sup> L. Giani, *Valorizzazione, alienazione e razionalizzazione del patrimonio edilizio pubblico*, *Techne*, 2012, 3, 34 ss.

zionale. Trasparenza in questo caso non significa anche partecipazione, poiché non è chiaro in che termini i cittadini, singoli o associati, possano far sentire la loro voce, esercitando il controllo democratico sulle scelte del loro ente di riferimento. In tal senso, sarà fondamentale la disciplina di volta in volta eventualmente dettata dalle singole regioni.

La trasparenza delle scelte effettuate dalla pubblica amministrazione, che dovrebbe essere garantita tanto nella fase in cui è fatta richiesta dei beni con l'indicazione delle relative finalità e modalità di destinazione, quanto nella fase di effettiva destinazione, dovrebbe contrastare la tentazione di procedere a facili dismissioni che rispondono solo alla pressante esigenza di liquidità dell'ente. In questo senso, la norma ha previsto anche che gli enti locali in stato di dissesto finanziario, fino a quando perdura lo stato di dissesto, non possono alienare i beni ad essi attribuiti, che possono essere utilizzati solo per finalità di carattere istituzionale.

Il procedimento è disciplinato dall'art. 3, che prevede due distinte modalità di individuazione dei beni che, in un caso, è effettuata *ex lege* e, nell'altro, sulla base di una procedura concertata

La norma prevede che, con successivi d.p.c.m., vengano trasferiti alle regioni, unitamente alle relative pertinenze, le miniere (tra le quali non rientrano però i giacimenti petroliferi e di gas e le relative pertinenze nonché i siti di stoccaggio di gas naturale e le relative pertinenze), i beni del demanio marittimo ed i beni del demanio idrico, mentre alle province vengono trasferiti i beni del demanio idrico, limitatamente ai laghi chiusi privi di emissari di superficie che insistono sul territorio di una sola provincia, unitamente alle relative pertinenze.

I beni diversi da quelli sopra elencati sono individuati ai fini dell'attribuzione agli enti territoriali mediante l'inserimento in appositi elenchi contenuti nei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, previa intesa sancita in sede di conferenza unificata.

Gli elenchi sono corredati da elementi informativi, anche relativi allo stato giuridico, alla consistenza, al valore del bene, alle entrate corrispondenti e ai relativi costi di gestione. Tale adempimento è di fondamentale importanza, poiché solo l'esatta conoscenza delle caratteristiche dei beni consente alle amministrazioni locali di fare scelte consapevoli in relazione ai beni dei quali si intende chiedere l'attribuzione, alla destinazione alla quale si intende adibirli, e soprattutto agli oneri che dal trasferimento possono derivare. Di fatto, spesso i dati disponibili sono scarsi e nella stragrande maggioranza dei casi non aggiornati, il che costituisce un evidente disincentivo alla richiesta di attribuzione dei beni.

## la valorizzazione dei beni pubblici

Le regioni e gli enti locali che intendono acquisire i beni contenuti negli elenchi presentano, entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella gazzetta ufficiale dei decreti, un'apposita domanda di attribuzione all'Agenzia del demanio. Le specifiche finalità e modalità di utilizzazione del bene, la relativa tempistica, e la economicità di essa nonché la destinazione del bene medesimo sono contenute in una relazione allegata alla domanda, sottoscritta dal rappresentante legale dell'ente. La richiesta del bene deve essere dunque accompagnata da un progetto nel quale l'ente locale chiarisce in che modo intende impiegare il bene richiesto e dimostra la sostenibilità anche economica del predetto progetto. Per i beni che negli elenchi sono individuati in gruppi, la domanda di attribuzione deve riferirsi a tutti i beni compresi in ciascun gruppo e la relazione deve indicare le finalità e le modalità prevalenti di utilizzazione. Sulla base delle richieste di assegnazione pervenute è adottato, entro i successivi sessanta giorni, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le regioni e gli enti locali interessati, un ulteriore decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, riguardante l'attribuzione dei beni, che produce effetti dalla data di pubblicazione nella gazzetta ufficiale e che costituisce titolo per la trascrizione e per la voltura catastale dei beni a favore di ciascuna regione o ciascun ente locale.

Qualora l'ente territoriale non utilizzi il bene nel rispetto delle finalità e dei tempi indicati, la norma prevede che il governo possa esercitare il potere sostitutivo, ai fini di assicurare la migliore utilizzazione del bene. In tal modo, l'impegno che l'ente locale assume, in sede di richiesta, nei confronti dello Stato che attribuisce il bene e della collettività di riferimento trova una sanzione giuridica in caso di inadempimento, fino alla retrocessione del bene medesimo.

I beni immobili statali e i beni mobili in essi eventualmente presenti che, a titolo non oneroso, sono trasferiti a comuni, province, città metropolitane e regioni sono i seguenti: i beni appartenenti al demanio marittimo con esclusione di quelli direttamente utilizzati dalle amministrazioni statali; i beni appartenenti al demanio idrico, nonché le opere idrauliche e di bonifica di competenza statale, ad esclusione dei fiumi di ambito sovranazionale, e dei laghi di ambito sovranazionale per i quali non intervenga un'intesa tra le regioni interessate; gli aeroporti di interesse regionale o locale appartenenti al demanio aeronautico civile statale, diversi da quelli di interesse nazionale; le miniere e le relative pertinenze ubicate su terraferma; gli altri beni immobili dello Stato, ad eccezione di quelli esclusi dal trasferimento<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> Sono invece esclusi dal trasferimento: gli immobili in uso per comprovate ed effet-

Le amministrazioni statali e gli altri enti trasmettono all’Agenzia del demanio entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo gli elenchi dei beni immobili di cui richiedono l’esclusione, con la relativa motivazione. L’Agenzia del demanio può chiedere chiarimenti in ordine alle motivazioni trasmesse, anche nella prospettiva della riduzione degli oneri per locazioni passive a carico del bilancio dello Stato. Entro il predetto termine anche l’Agenzia del demanio compila l’elenco dei beni esclusi. Entro i successivi quarantacinque giorni, previo parere della conferenza unificata, da esprimersi entro il termine di trenta giorni, con provvedimento del direttore dell’Agenzia l’elenco complessivo dei beni esclusi dal trasferimento è redatto ed è reso pubblico, a fini notiziali, con l’indicazione delle motivazioni pervenute, sul sito internet dell’Agenzia. Con il medesimo procedimento, il predetto elenco può essere integrato o modificato. La compilazione di detto elenco potrebbe in prospettiva condurre «ad un censimento ragionato del patrimonio dello Stato, dal momento che le varie amministrazioni sono tenute a fornire le ragioni, motivandole adeguatamente, per cui ritengono che un determinato bene di proprietà dello Stato non possa essere oggetto di attribuzione agli enti territoriali»<sup>73</sup>.

I beni demaniali e patrimoniali indisponibili, trasferiti con tutte le pertinenze, accessori, oneri e pesi, entrano a far parte del patrimonio disponibile dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle regioni, e dunque sono liberamente alienabili, ad eccezione delle miniere e di quelli appartenenti al demanio marittimo, idrico e aeroportuale. Questi ultimi restano invece assoggettati al regime stabilito dal codice civile, nonché alla disciplina di tutela e salvaguardia dettata dal medesimo codice, dal codice della navigazione, dalle leggi regionali e statali e dalle norme comunitarie di settore, con particolare riguardo a quelle di tutela della concorrenza. Ove ne ricorrano i presupposti, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di attribuzione di beni demaniali diversi da quelli sopra indicati, può di-

tive finalità istituzionali alle amministrazioni dello Stato, anche a ordinamento autonomo, agli enti pubblici destinatari di beni immobili dello Stato in uso governativo e alle Agenzie; i porti e gli aeroporti di rilevanza economica nazionale e internazionale, secondo la normativa di settore; i beni appartenenti al patrimonio culturale; le reti di interesse statale, ivi comprese quelle stradali ed energetiche; le strade ferrate in uso di proprietà dello Stato; sono altresì esclusi dal trasferimento i parchi nazionali e le riserve naturali statali. La norma precisa che i beni immobili in uso per finalità istituzionali sono inseriti negli elenchi dei beni esclusi dal trasferimento in base a criteri di economicità e di concreta cura degli interessi pubblici perseguiti.

<sup>73</sup> A. Police, *Il federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, 1238 ss.



## la valorizzazione dei beni pubblici

sporre motivatamente il mantenimento dei beni stessi nel demanio o l'inclusione nel patrimonio indisponibile. Per i beni trasferiti che restano assoggettati al regime dei beni demaniali, l'eventuale passaggio al patrimonio è dichiarato dall'amministrazione dello Stato ai sensi dell'articolo 829, c. 1, c.c. Sui predetti beni non possono essere costituiti diritti di superficie<sup>74</sup>.

Il complesso processo di attribuzione dei beni agli enti territoriali stenta a decollare. Attualmente, come risulta anche dal sito web istituzionale dell'Agenzia del demanio<sup>75</sup>, l'attuazione del federalismo demaniale è ancora alla fase iniziale<sup>76</sup> ed è ancora in corso di completamento anche l'elenco (informale) redatto dall'Agenzia dei beni patrimoniali dello Stato di possibile attribuzione agli enti locali (c.d. *white list*) «prodromico all'adozione di uno o più d.p.c.m., previsti dall'art. 3, c. 3, d.lgs. n. 85 del 2010, contenenti gli elenchi ufficiali dei beni trasferibili»<sup>77</sup>. Non mancano comunque errori e incongruenze che sono state segnalate dagli stessi enti locali, attraverso l'ANCI, interessati all'attribuzione dei beni (ad es. sono stati indicati tra i beni esclusi dal trasferimento anche beni immobili già trasferiti alle regioni, in forza del d.P.R. n. 616/1977, del d.lgs. n. 112/1998 e del d.p.c.m. 12 ottobre 2000, quali sedi di uffici regionali).

Un cenno a parte meritano i beni del demanio militare per i quali è prevista una disciplina ad *hoc*, che si sforza di tenere conto dell'esistenza di normative concorrenti che puntano a favorire la dismissione e la valorizzazione di tali beni da parte dello stesso Ministero della difesa. Sono assoggettati alle procedure del d.lgs. n. 85/2010 i beni non ricompresi tra quelli utilizzati per le funzioni di difesa e sicurezza nazionale, non oggetto delle procedure contenute negli artt. 307 ss., d.lgs. n. 66/2010, nonché non funzionali alla realizzazione dei programmi di riorganizzazione dello strumento

<sup>74</sup> Un tentativo di prevedere la costituzione di diritti di superficie su beni demaniali, segnatamente sulle spiagge, era stato effettuato dall'art. 3, c. 1 e 3, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 che aveva indicato in proposito un periodo pari inizialmente a novanta anni e poi a venti. Entrambe le previsioni sono poi state stralciate in sede di conversione del decreto legge.

<sup>75</sup> [www.agenziademanio.it](http://www.agenziademanio.it).

<sup>76</sup> Nella sezione dei beni "non trasferibili", c.d. *black list*, si legge che «l'elenco complessivo dei beni presenti in tale sezione è attualmente all'esame della Conferenza Unificata e, solo a seguito del rilascio da parte di quest'ultima del parere prescritto dall'art. 5, c. 3 del richiamato d.lgs. n. 85/2010, formerà oggetto del provvedimento direttoriale dell'Agenzia del Demanio, che sarà pubblicato sul sito internet dell'Agenzia. Non sono al momento ricompresi in detta sezione gli immobili che, nonostante risultino assegnati in uso per finalità istituzionali, non hanno ancora formato oggetto di comunicazione da parte delle Amministrazioni interessate».

<sup>77</sup> P.M. Zerman, *Il federalismo demaniale alla luce del decreto sulla spending review*, in *Diritto e Pratica amministrativa*, 2012, 09.

militare finalizzati all'efficace ed efficiente esercizio delle citate funzioni, attraverso gli specifici strumenti riconosciuti al Ministero della difesa dalla normativa vigente. Per tali beni è previsto che, entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto, si proceda alla loro individuazione e alla successiva attribuzione.

La preferenza per le procedure da attuarsi secondo il Codice dell'ordinamento militare su quelle da attuarsi secondo il decreto sul federalismo demaniale è preferenza per una cessione a titolo oneroso anziché a titolo gratuito. Le *ex* caserme dismesse, spesso immobili di pregio situati in aree di grande interesse strategico dei centri urbani, entrano nei percorsi del federalismo demaniale soltanto in via "residuale", ovvero quando esse non siano altrimenti collocabili attraverso le procedure gestite dal Ministero della difesa. Ad oggi, le procedure per la dismissione delle caserme (che costituiscono, insieme agli alloggi, la parte preponderante dei beni militari da dismettere) risultano sostanzialmente ferme a causa delle difficoltà che il ministero sta incontrando nell'elaborare una strategia per gestire in modo razionale l'immenso patrimonio di cui è titolare<sup>78</sup>, e ferme sono conseguentemente anche le procedure "residuali" previste dal "federalismo demaniale". L'esempio della dismissione dei beni militari e soprattutto delle *ex* caserme in realtà rivela una contraddizione più ampia e di sistema: contro il "federalismo demaniale" remano molti ostacoli, dalla lentezza delle procedure, all'incapacità degli enti locali di proporre progetti credibili e conseguentemente di attuarli, ma quello forse più incombente è costituito proprio dalle politiche di dismissione dei beni pubblici da parte dello Stato che incidono sulla quota dei beni destinati ad essere trasferiti alle regioni e agli enti locali, i quali si trovano spesso a doversi accontentare degli "avanzi" delle amministrazioni statali (beni la cui acquisizione finisce con il diventare diseconomica perché in cattivo stato di manutenzione, e spesso, come nel caso delle *ex* caserme, da bonificare)<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Vedi in proposito quanto scrive S. Rizzo, sul Corriere della Sera del 21 agosto 2011. Ricostruendo le difficoltà connesse alla dismissione delle caserme, ricorda una testimonianza dell'allora ministro Visco che commentava «Nessuna amministrazione collabora. In particolare, non collabora il Ministero della Difesa. I militari non mollano le caserme anche se sono vuote. C'è una procedura che prevede che se non vengono utilizzate bisogna restituirle al demanio. Ma basta mettere un piantone di guardia per far vedere che è utilizzata e nessuna gliela può togliere».

<sup>79</sup> F. Gastaldi e R. Baiocco, *Aree militari dismesse e rigenerazione urbana*, in *Urbanistica Informazioni*, 2011, 239-240, 24 ss.; F. Gastaldi e R. Baiocco, *Aree militari e patrimoni pubblici dismessi in ambito portuale in Italia. Quali prospettive?*, in *Portus*, 2012, 12 ss.; F. Gastaldi e F. Camerin, *Immobili pubblici e aree militari dismesse*, cit. in *Quad. reg.*, 2012, 3, 411 ss.

## 7. Il caso dell'Arsenale di Venezia: il trasferimento dallo Stato al comune di Venezia

Uno dei pochi esempi di passaggio di beni dallo Stato ad un ente locale portato a termine, anche se con risultati che non si fa fatica a definire paradossali, è quello dell'Arsenale di Venezia, di recente giunto a conclusione. Si tratta, in verità, di un caso-limite poiché il passaggio del bene è stato attuato non in via amministrativa, ma con lo strumento, assai poco confacente, del decreto legge: il che, se da un lato ha determinato una notevole accelerazione dei tempi per la conclusione del procedimento, dall'altro ha avuto l'effetto di limitare le ingerenze dell'amministrazione comunale destinataria del bene nella procedura di trasferimento, così come della società civile.

L'Arsenale di Venezia è un complesso monumentale di eccezionale valore storico. L'Arsenale occupa il bordo nord-est di Venezia con un'estensione di circa quarantotto ettari. Quando, dopo la prima guerra mondiale, gli impianti cantieristici sono stati progressivamente dimessi, per il compendio immobiliare è iniziato un periodo d'inarrestabile degrado. Nell'Arsenale convivono oggi diverse funzioni (militari, produttive, espositive e di spettacolo, residenziali). Già da alcuni anni, l'amministrazione comunale di Venezia, con la partecipazione di diversi attori<sup>80</sup> coinvolti nella trasformazione e gestione dell'area, aveva messo a punto progetti di riqualificazione dell'intero complesso in vista della creazione di un polo scientifico, culturale e produttivo. Sono stati sottoscritti piani e accordi che hanno dato avvio alla trasformazione con la realizzazione di adeguati interventi che consentiranno di avviare attività nell'area e renderla fruibile ai cittadini. Segnatamente, i progetti in corso prevedono la creazione di un polo della ricerca, di un polo della produzione, di un polo della cultura, della musealità e dell'esposizione, di un polo della Marina, ai quali si affiancano attività di servizio dei futuri fruitori, siano essi visitatori, lavoratori, ricercatori, residenti. Si sono per questo previste strutture ricettive residenziali temporanee, destinate a chi esercita attività lavorative e di ricerca nei prossimi insediamenti e, accanto a queste, funzioni di accoglienza e informazione nei punti individuati come transizione e accesso tra Arsenale e città. Il comune di Venezia e l'Agenzia del demanio hanno individuato nella società Arsenale di Venezia, di cui sono gli unici soci, lo strumento per realizzare la riqualificazione dell'Arsenale<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Tra i quali vi sono Consorzio Venezia Nuova, ACTV, Thesis S.p.A., Ismar CNR, Marina Militare e Biennale di Venezia.

<sup>81</sup> M. Zanatta, *Strumenti urbanistici e valorizzazione: il caso dell'Arsenale di Venezia*, in *Territorio*, 2012, 62, 34 ss.

Il principale ostacolo all'effettiva riqualificazione da parte dell'amministrazione comunale dell'area è stato percepito nella sua proprietà, che, fino a pochi mesi or sono, spettava allo Stato, attraverso il Ministero della difesa (che dispone di oltre il sessanta per cento dell'area), il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e l'Agenzia del demanio (per il restante trentasei per cento). La "restituzione" dell'Arsenale alla città, auspicata dalla amministrazione comunale, per dare nuovo impulso i progetti di riqualificazione dell'area, era, peraltro, stata richiesta a gran voce anche dai comitati civici locali.

Nel mese di dicembre 2010 era stato sottoscritto un protocollo d'intesa tra il Ministero della difesa, la regione Veneto ed il comune di Venezia, per la razionalizzazione, valorizzazione e riqualificazione del compendio militare in questione (oltre che di altri beni pure appartenenti al medesimo ministero), in attuazione dell'art. 307, d.lgs. n. 66/2010. Il protocollo impegnava in particolare il comune di Venezia a avviare studi per la formalizzazione di proposte di programmazione/pianificazione urbanistica necessarie alla valorizzazione del predetto immobile, rinviando alla stipulazione di successivi accordi di programma i successi passaggi finalizzati all'attuazione del protocollo medesimo. Impegnava inoltre il comune e la regione Veneto ad avviare anche la procedura di valutazione ambientale strategica contestualmente alla redazione degli strumenti di pianificazione.

Sotto profilo proprietario un'importante novità ha perciò rappresentato l'art. 3, c. 19-*bis*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135. La norma è stata rimaneggiata prima dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 e poi dalla l. di conv. 17 dicembre 2012, n. 221. Nella versione oggi in vigore, è previsto che il compendio costituente l'Arsenale di Venezia, con esclusione delle porzioni utilizzate dal Ministero della difesa per i suoi specifici compiti istituzionali, in ragione delle caratteristiche storiche e ambientali, venga trasferito a titolo gratuito in proprietà, nello stato di fatto e di diritto in cui si trova, al comune di Venezia, che ne assicura l'inalienabilità, la valorizzazione, il recupero e la riqualificazione. A tal fine il comune garantisce l'uso gratuito delle porzioni dell'Arsenale utilizzate per la realizzazione del centro operativo e servizi accessori del sistema MOSE, al fine di completare gli interventi previsti dal piano attuativo per l'insediamento delle attività di realizzazione, gestione e manutenzione del medesimo Sistema sull'area nord dell'Arsenale di Venezia e per assicurare la gestione e manutenzione dell'opera, una volta entrata in esercizio per tutto il periodo di vita utile. L'ente municipale può, compatibilmente con le esigenze di gestione e manutenzione del sistema MOSE e d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Magistrato alle acque di Venezia, destinare, a titolo oneroso, ad at-

## la valorizzazione dei beni pubblici

tività non esclusivamente finalizzate alla gestione e manutenzione del sistema, fabbricati o parti di essi insistenti sulle predette porzioni.

Le somme ricavate per effetto dell'utilizzo del compendio, anche a titolo di canoni di concessione richiesti a operatori economici o istituzionali, versati direttamente al comune di Venezia, sono esclusivamente impiegate per il recupero, la salvaguardia, la gestione e la valorizzazione dell'Arsenale. Il comune garantisce inoltre l'uso gratuito, per gli utilizzi posti in essere dalla fondazione La Biennale di Venezia in virtù della natura e delle funzioni assolute dall'ente, dal CNR e comunque da tutti i soggetti pubblici ivi attualmente allocati che espletano funzioni istituzionali. L'Arsenale è poi sottoposto agli strumenti urbanistici previsti per la città di Venezia e alle disposizioni di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Nella norma si dà mandato all'Agenzia del demanio, d'intesa con il Ministero della difesa e con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – Magistrato alle acque di Venezia, affinché proceda, entro il termine di trenta giorni dalla data della sua entrata in vigore, alla perimetrazione e delimitazione del compendio e alla consegna di quanto trasferito al comune.

Infine, la norma rinvia ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze che definisce, a decorrere dalla data del trasferimento, la riduzione delle risorse a qualsiasi titolo spettanti al comune di Venezia in misura pari al settanta per cento della riduzione delle entrate erariali conseguente al trasferimento, essendo il restante trenta per cento vincolato alla destinazione per le opere di valorizzazione da parte del comune di Venezia.

L'art. 3, c. 19-*bis*, d.l. n. 95/2012 offre una soluzione del tutto parziale e assolutamente insoddisfacente al problema della valorizzazione dell'Arsenale di Venezia. Per quanto il trasferimento abbia formalmente luogo a titolo gratuito, esso comporta comunque oneri piuttosto pesanti per l'amministrazione comunale.

Il passaggio di proprietà dallo Stato al comune di Venezia riguarda innanzitutto soltanto una parte dell'Arsenale. Il Ministero della difesa continua a conservare la titolarità di aree poste a sud per specifiche finalità di carattere istituzionale, mentre parrebbero essere attribuite in proprietà al comune le aree già appartenenti al Ministero delle Infrastrutture e all'Agenzia del Demanio.

Quanto alle aree che restano al Ministero della difesa si pone ovviamente il problema di stabilire quali siano le aree per le quali le finalità di carattere istituzionale siano ancora attuali, poiché non sfugge il rischio che questa amministrazione, al fine di evitare il trasferimento, tenti di rivendicare per sé stesso aree più ampie rispetto a quelle da essa effettivamente utilizzate. La complessità del problema si comprende se si tiene conto del fatto

che il delicato passaggio della perimetrazione e della delimitazione del compendio è attribuito in via esclusiva all’Agenzia del demanio, d’intesa con il Ministero della difesa e con il Ministero delle infrastrutture, mentre non è prevista la partecipazione del comune, al quale è negata qualsiasi forma di contraddittorio, non restando altra via che quella giurisdizionale dell’impugnazione del provvedimento in questione, ove non ne condivida i contenuti.

L’attribuzione del compendio immobiliare ha luogo con i vincoli dell’inalienabilità, della valorizzazione, della riqualificazione e del recupero, che dovranno essere attuati a cura e a spese del comune (il che rende quanto mai urgente il problema di reperire idee e finanziamenti pubblici e privati per l’avvio dei progetti). Scompare, nella versione oggi in vigore della norma, l’obbligo per il comune di affidare tali attività necessariamente alla società Arsenale di Venezia, partecipata in via maggioritaria (cinquantuno per cento) dall’Agenzia del demanio e solo per il quarantanove per cento dal comune di Venezia. Il che poneva il problema del ruolo del socio “statale” che avrebbe potuto in tal modo continuare a orientare in modo decisivo le attività per la valorizzazione dell’area<sup>82</sup>.

Il comune di Venezia subirà la riduzione delle risorse a qualsiasi titolo spettanti in misura equivalente alla riduzione delle entrate erariali conseguenti al trasferimento, per cui presumibilmente resteranno a suo carico gli obblighi inerenti alla manutenzione dell’area. Se si considera che esso non potrà contare neppure sul canone della società che effettua la manutenzione del MOSE, vi è l’evidente rischio che il trasferimento dell’Arsenale possa rivelarsi un affare tutt’altro che conveniente per l’amministrazione comunale. Ben magra consolazione è pertanto rappresentata dalla possibilità di destinare, a titolo oneroso, ad attività non esclusivamente finalizzate alla gestione e manutenzione del sistema MOSE, fabbricati o parti di essi insistenti sulle predette porzioni, poiché la consistenza di questo patrimonio immobiliare è tutto sommato molto limitata.

Soltanto per evidenziare come, in linea meramente teorica, le soluzioni

<sup>82</sup> In linea di prima approssimazione, al comune dovrebbe spettare l’area nord, occupata dal Consorzio Venezia Nuova e dal Magistrato delle acque, che corrisponde in larga parte alla zona destinata alla manutenzione del Mose, con l’obbligo di assegnarla alla società di manutenzione (non al Ministero delle infrastrutture, come in una precedente versione, ma direttamente al concessionario) a titolo gratuito e per tutta la durata della gestione (presumibilmente fino alla fine del secolo). Il comune dovrà dunque rinunciare anche al canone annuo che il concessionario corrisponde allo Stato di circa 3.000.000,00 euro. Saranno beneficiari di aree a titolo gratuito anche il CNR e la Biennale di Venezia e tutti gli altri soggetti pubblici che nell’Arsenale espletano funzioni di carattere istituzionale.

## la valorizzazione dei beni pubblici

possibili fossero diverse, si può richiamare l'art. 8, d.d.l. n. 3100, pendente al Senato nella scorsa legislatura, il quale aveva previsto che le aree e gli insediamenti militari dell'Arsenale di Venezia fossero trasferiti al demanio civile e fossero sottoposti a processi di sdemanializzazione e di riutilizzazione, con la previsione di un piano di valorizzazione, redatto da una commissione paritetica presieduta dal sindaco di Venezia, che avrebbe costituito variante allo strumento urbanistico generale comunale.

### 8. Considerazioni conclusive

Sull'insuccesso dei processi di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici portati avanti negli ultimi vent'anni pesano diversi fattori quali la scarsa conoscenza dei beni pubblici da valorizzare o da dismettere, del loro reale valore, delle loro caratteristiche, delle loro potenzialità, la complessità delle procedure disciplinate dal legislatore statale, l'assenza di forme di coordinamento dei processi di dismissione e di valorizzazione con le politiche di governo del territorio delle regioni e degli enti locali, la difficoltà di elaborare progetti credibili di dismissione o di valorizzazione da parte degli enti titolari dei beni in collaborazione con i comuni sui cui territori i beni insistono e con i privati interessati ad acquistare o a valorizzare i beni. La conseguenza è che ogni operazione di dismissione o di valorizzazione, per quanto ben congegnata, il più delle volte non riesce a essere portata a termine.

Le difficoltà maggiori sembrerebbero manifestarsi in particolare per i complessi immobiliari più grandi (quali, ad esempio, le *ex* caserme), la cui riconversione richiede la collaborazione tra l'ente titolare e una pluralità di pubbliche amministrazioni preposte alla cura di interessi urbanistici, culturali, sanitari, ambientali, oltre a massicci investimenti pubblici o privati, al punto che essa si presenta in molti casi un vero e proprio percorso ad ostacoli.

In prospettiva, i nodi da sciogliere, prima di avviare una nuova stagione di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici, quale quella che era stata annunciata dal precedente governo Monti (con ricavi presunti per oltre quattro miliardi di euro) e oggi dal governo in carica, paiono sostanzialmente quattro.

Il primo è quello che attiene al problematico rapporto che può instaurarsi tra gli enti titolari dei beni pubblici oggetto di riconversione mediante l'assegnazione di nuove destinazioni e i comuni sui cui territori i beni insistono, i quali sono chiamati ad intervenire sui loro strumenti urba-

nistici, nel caso in cui le destinazioni richieste – il che accade nella quasi totalità dei casi – non siano da essi già previste. Qui sta probabilmente la causa più profonda dello stallo nel quale versano la maggior parte dei processi di dismissione e di valorizzazione. Gli enti titolari hanno evidentemente interesse a valorizzare o a dismettere i beni secondo una logica che è premientemente di cassa (spingendo per destinazioni urbanistiche di tipo residenziale o commerciale che sono astrattamente le più redditizie), mentre i comuni, titolari del potere di pianificazione urbanistica, chiedono di poter partecipare attivamente a tali scelte poiché i loro territori ne subiranno gli effetti. Ciò apre la strada a complesse negoziazioni tra le parti, chiamate a trovare soluzioni che soddisfino tutti gli interessi coinvolti, il cui esito negativo in molti casi ha impedito di fatto di avviare e concludere le procedure.

A riguardo si segnala, però che, di recente, il legislatore statale ha tentato di “guadagnare” la disponibilità dei comuni prevedendo incentivi economici per quelli che “collaborano”, ai quali sono riconosciute percentuali su quanto incamerato dalle amministrazioni statali in sede di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici<sup>83</sup>. È presto per dire se tali incentivi economici sortiranno l’effetto sperato dal legislatore statale. Nell’immediato, non si può tacere il rischio che gli interessi delle parti finiscano con il convergere sulle destinazioni più appetibili per il mercato, inducendo i comuni a sacrificare le loro politiche urbanistiche per ottenere in cambio la partecipazione al profitto generato dall’affare.

Il secondo è quello della riconversione dei beni pubblici verso nuove destinazioni d’uso: si tratta di un’operazione assai delicata e complessa, nella quale si sostanzia in definitiva il successo o l’insuccesso dei processi di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici. Gli strumenti attuali prevedono la riconversione di singoli beni o di compendi immobiliari pubblici senza tenere adeguatamente degli specifici contesti territoriali nei quali si inseriscono e delle loro caratteristiche economiche e sociali. Oggi, il coordinamento tra i PAVI, i PUV e gli strumenti urbanistici comunali (piani strutturali, operativi, attuativi, ecc.) è affidato principalmente ai comuni, che adeguano questi ultimi alle scelte compiute dai primi. In futuro, è invece auspicabile che il legislatore statale e quello regionale inseriscano i processi di dismissione e di valorizzazione dei beni pubblici nel contesto delle politiche di governo del territorio dei comuni per modo che le seconde condizionino le prime e non viceversa.

Il terzo è quello del coinvolgimento degli operatori economici privati

<sup>83</sup> Ad es., l’art. 307, d.lgs. n. 66/2010 riconosce ad essi una percentuale in misura variabile tra il cinque per cento e il quindici per cento.



## la valorizzazione dei beni pubblici

nell'individuazione delle nuove destinazioni d'uso. Questo appare indispensabile in quanto, nella maggior parte dei casi, essi saranno direttamente interessati all'acquisto i beni o provvederanno alla loro valorizzazione. Perché gli operatori economici privati possano efficacemente partecipare, è necessario assicurare un quadro di regole nel quale possano orientare la loro azione, garantendo stabilità agli investimenti che essi effettuano. La loro partecipazione deve essere inoltre ispirata a principi di trasparenza e di concorsualità, al fine di far emergere le proposte migliori, che non sono necessariamente quelle economicamente più redditizie, ma quelle "economicamente più vantaggiose".

Il quarto ed ultimo nodo è la partecipazione dei cittadini, singoli ed associati, che spesso lamentano la sostanziale opacità delle scelte della pubblica amministrazione. La comunità locale dovrebbe poter partecipare alle scelte effettuate dagli enti territoriali in sede di dismissione e valorizzazione dei beni pubblici in tutte le fasi, dalla progettazione all'attuazione, riportando al centro interessi, quali la tutela dell'ambiente, della salute, del patrimonio storico, artistico, culturale, che rischiano di restare schiacciati tra le ristrettezze dei bilanci pubblici e gli interessi particolari dei privati.

In definitiva, i processi di dismissione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico possono avere luogo solo se a monte vi è l'attenta regia dei poteri pubblici che individuano le reali prospettive di trasformazione dei loro territori, contemperando i molteplici interessi pubblici e privati, sociali ed economici che in quelle sedi si incontrano e si scontrano. Decisioni ponderate, trasparenti e partecipate potranno consentire di realizzare quelle necessarie mediazioni in grado di stemperare i conflitti che ostacolano e rallentano questi processi.

### *Abstract*

*Since the beginning of the last decade of the twentieth century, the Italian legislator has started policies for alienation and exploitation of public goods, in order to reduce the cost of managing the immense public real estate assets and to raise money to lighten the burden of public debt. The failure of these policies, with very modest economic results, seems mainly related to their lack of connection with the wider processes of the territory government by the regions and local authorities. The essay aims to reflect on the theme, investigating the rules that govern these policies and the tools that implement them, with an eye to the past, searching for the reasons of the failure, but also to the future, towards the upcoming season of disposal of the public assets announced by the Government in power.*



# ARTICOLI

DOMENICO D'ORSOGNA – MASSIMO OCCHIENA

## I SERVIZI PUBBLICI A RILEVANZA ECONOMICA E SOCIALE: UN BILANCIO\*

SOMMARIO: 1. La disciplina dei servizi pubblici: istanze, interessi, modelli. – 2. I servizi pubblici: nozioni e caratteri. – 3. I servizi di rilevanza economica. – 4. I servizi sociali.

### **1. La disciplina dei servizi pubblici: istanze, interessi, modelli**

Nell'esperienza giuridica italiana il tema dei servizi pubblici si mostra talmente complesso e caratterizzato da questioni irrisolte (e in parte irrisolvibili), che qualsiasi tentativo di chiarificazione appare destinato a produrre scarsi risultati. Basti pensare che una delle definizioni più controverse e incerte del diritto amministrativo è proprio quella di “servizio pubblico”, ancora oggi lontana da soluzioni unanimemente condivise. Sempre i servizi pubblici sono caratterizzati da una variegata classificazione, distinguendosi differenti tipologie (essenziali, indispensabili, universali, a rilevanza economica, privi di rilevanza economica, sociali, a rete), ognuna con tratti propri e distinti, nonché da una disciplina assai frammentata, a seconda dell'ambito di riferimento (energia, acqua, trasporti, telecomunicazioni, rifiuti, riscossione dei tributi) e delle modalità di organizzazione, affidamento e gestione.

Registrati la complessità e le incertezze del settore, nonché gli insuccessi volta a volta occorsi di implementare una disciplina normativa dotata di un minimo di stabilità (e dunque capace di resistere alle influenze del contingente, spesso tradottesi nelle ricorrenti misure volte al contenimento della spesa pubblica e/o all'ampliamento degli investimenti privati nel settore *de quo*), se ci si pone l'obiettivo di spiegarne la ragione, essa sembra doversi indicare nella pluralità di interessi che animano i pubblici servizi. In una prospettiva di sintesi e guardando alla situazione attuale, pare che essi siano agitati soprattutto da due istanze contrapposte, che il nostro ordinamento giuridico fa-

\* Il presente scritto riproduce, con l'aggiunta di alcuni riferimenti bibliografici, il testo della relazione tenuta nel corso del VI Convegno Italo-Argentino di Diritto amministrativo, Napoli, 21/22 settembre 2012, dal titolo “I servizi pubblici”.

tica a compendiare: da un lato, quella propria dello Stato “pluriclasse”<sup>1</sup> o “sociale”, del “Welfare”, “interventista”, “amministrativo”, “assistenziale” che dir si voglia; dal lato opposto, quella di derivazione/ispirazione europea in cui lo Stato è “regolatore” o “etero-correttore”<sup>2</sup> e che ha quale obiettivo la realizzazione di un mercato aperto e concorrenziale nell'erogazione continuativa delle prestazioni che soddisfano i bisogni delle collettività di riferimento.

A queste due “anime” che caratterizzano i servizi pubblici sembrano riconducibili i diversi e contrapposti interessi pubblici e privati di cui s'è detto. A questo proposito, schematizzando al massimo e perciò utilizzando, con consapevole imprecisione, macromodelli tra loro in antitesi, la prima impostazione sopra riportata comporta una prevalenza degli interessi collegati al controllo “politico” dei servizi pubblici. Questi ultimi costituiscono argomento di importanza nevralgica specialmente a livello locale, costituendo la vera fonte di legittimazione degli organi di indirizzo politico-amministrativo (sindaci, giunte, consigli comunali). Pertanto, per assecondare tali esigenze, vi è la tendenza ad attribuire alle medesime amministrazioni l'organizzazione, l'affidamento e la gestione degli stessi, anche ricorrendo a forme aziendali che ne siano diretta emanazione (sotto il loro diretto controllo). È il caso delle vecchie aziende speciali/municipalizzate *ex lege* 29 marzo 1903, n. 103, e delle attuali società *in house*.

Seguendo la seconda impostazione, l'organizzazione pubblica deve invece limitarsi a garantire la presenza di più imprese in un determinato settore: «agendo secondo le regole e gli stimoli del mercato concorrenziale», saranno i privati a erogare autonomamente i servizi necessari e adeguati per soddisfare i bisogni delle collettività<sup>3</sup>.

Anche le modalità di cura e di tutela degli interessi dei cittadini mutano a seconda del modello cui si fa riferimento. Nel primo caso, il cittadino è utente del servizio<sup>4</sup> e in linea di massima la prestazione o è offerta a condizioni più vantaggiose rispetto al mercato, oppure è resa anche in assenza di operatori privati (per carenza assoluta o relativa di mercato); ne consegue la forte interferenza della componente politico-amministrativa dell'ente pubblico di riferimento. Nella seconda ipotesi, invece, il cittadino è consumatore/contraente, che acquista a prezzo di mercato una certa prestazione rispetto a cui la pubblica amministrazione rimane estranea, essendo

<sup>1</sup> M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

<sup>2</sup> A. Predieri, *Un diritto solidarista contro le diseconomie esterne*, in *Studi e informazioni*, 1993, 7.

<sup>3</sup> D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371.

<sup>4</sup> G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

## **i servizi pubblici a rilevanza economica e sociale**

soltanto chiamata ad assicurare la corretta applicazione delle regole che presidiano la concorrenza.

I due modelli sono ontologicamente opposti e a fini applicativi richiedono moduli organizzativi e istituti attuativi specifici e difficilmente combinabili. L'opzione per il mercato comporta l'implementazione di sistemi ispirati alla massima concorrenza nell'individuazione delle imprese chiamate a erogare le prestazioni di interesse collettivo. Se l'opzione è per l'offerta pubblica del servizio, diviene opportuno attrarre al livello pubblico anche la gestione, seguendo il modello organizzativo delle c.d. "amministrazioni parallele" o "amministrazioni/strutture di missione"<sup>5</sup>.

A fronte di contrapposizioni così marcate, il sistema potrebbe semplificarsi soltanto qualora il legislatore operasse una scelta "forte" per uno dei due modelli, ricusando l'altro. Ma così non è. Né potrebbe essere, stante che tutti gli interessi suddetti sono adeguatamente rappresentati in sede politica. Pertanto, tentandone l'impossibile sintesi, il legislatore ha prodotto discipline frutto di delicati compromessi, che all'atto pratico immancabilmente risultano perplesse e di difficile applicazione. Da qui i continui interventi di modifica, da cui scaturisce un progressivo aumento delle incertezze interpretative, per di più amplificate dai ripetuti interventi della giurisprudenza, anche di livello costituzionale ed europeo. In buona sostanza, soprattutto sotto la spinta comunitaria, in Italia si è tentato di realizzare un sistema ove il servizio pubblico è quella prestazione in cui alla disciplina di diritto privato (il rapporto erogatore del servizio-consumatore) si sovrappone quella di diritto pubblico (l'intervento della pubblica amministrazione), che regola in modo più o meno invasivo aspetti dell'organizzazione e gestione dello stesso e che in ogni caso implica che il soggetto pubblico se ne assuma la doverosità dell'erogazione<sup>6</sup>.

L'opzione mediana di conciliare le due opposte impostazioni – libero mercato dei servizi e intervento pubblico nella determinazione, organizzazione e gestione degli stessi – ha generato infinite distinzioni e sottodistinzioni dei servizi, a seconda della loro natura e dell'ambito di intervento, introducendo la già annotata pluralità di tipologie e di moduli di gestione ed erogazione che, alla fin fine, sono tutti adattamenti più o meno raffinati e

<sup>5</sup> Sulla cui definizione, per tutti, si veda G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996.

<sup>6</sup> A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 459; G. Caia, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo (a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca)*, I, Bologna, 2005, 131; I. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986.

più o meno scoperti di istituti di intervento pubblico in un ambito che per principio imposto dall'ordinamento europeo dovrebbe essere dominato, salvo eccezioni, dalla concorrenza e dal mercato. E a forza di distinzioni e precisazioni, di norme speciali ed eccezionali, il settore si è terribilmente complicato, manifestandosi sempre meno riducibile a schemi semplificati e a formule confortanti.

Ecco spiegate le difficoltà definitorie e classificatorie enunciate all'inizio di queste riflessioni. Vista la rilevata confusione e incertezza che segna la disciplina in materia è inevitabile che la ricostruzione e descrizione dei servizi pubblici ne rifletta gli stessi difetti, frammentandosi in molteplici ipotesi teoriche. Ciò nonostante, senza abdicare al proposito di offrire un quadro il più possibile chiaro dell'argomento, si tenterà comunque di inquadrare i servizi pubblici a rilevanza economica e quelli sociali, collocandoli all'interno di un sistema in sé coerente e convalidato dalla vigente normativa.

## **2. I servizi pubblici: nozioni e caratteri**

Prima di affrontare, come anticipato, le problematiche proprie dei servizi pubblici a rilevanza economica e di quelli sociali, preme prospettare una definizione di servizio pubblico nel diritto italiano, al fine di chiarirne la nozione e quindi potere innestare l'approfondimento sulle due summenzionate tipologie.

Nella convinzione che il metodo di studio del diritto amministrativo debba essere di carattere giuridico-positivo, il primo passo è ovviamente cercare una definizione nella disciplina vigente.

Sennonché il legislatore non ha mai chiarito in una proposizione normativa che cos'è il servizio pubblico, neppure qualificandone gli elementi formali e/o strutturali. Il legislatore si limita a regolarne l'organizzazione, il funzionamento, le modalità di gestione: ma non specificando che cos'è il servizio pubblico, lascia all'interprete stabilire, volta a volta, quale prestazione rientra in quelle regole, in quanto, appunto, servizio pubblico. Per questo motivo, il compito definitorio è stato assolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

A questo proposito, sono due le nozioni che si sono maggiormente imposte e che, come si dirà, ancora oggi sembrano avere valore euristico, soprattutto se combinate tra loro<sup>7</sup>.

Per prima è stata elaborata la concezione c.d. "soggettiva" del servizio

<sup>7</sup> F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 63.

## i servizi pubblici a rilevanza economica e sociale

pubblico: il suo nucleo originario risale ai primi decenni del secolo scorso<sup>8</sup>. Essa mette al centro del discorso l'imputazione del servizio a un soggetto pubblico: è pubblico il servizio quando la prestazione in cui si esplica è riconducibile allo Stato o a altro ente pubblico.

Valorizzando l'art. 41 e, soprattutto, l'art. 43 Cost., a metà degli anni Sessanta del Novecento è stata teorizzata l'altra nozione, c.d. "oggettiva" di servizio pubblico<sup>9</sup>, secondo cui è tale qualsiasi attività di pubblica utilità, anche se svolta in nome proprio da soggetti diversi dalla pubblica amministrazione<sup>10</sup>. Non importa se la gestione del servizio è imputata a un ente privato, ma occorre guardare alla natura della prestazione: se è di interesse della collettività, a prescindere del soggetto che l'ha assunta, allora essa è estrinsecazione di un servizio pubblico<sup>11</sup>.

Nella successiva evoluzione definitoria seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è generalmente prevalsa la concezione intermedia, che combina i due profili, soggettivo e oggettivo. Abbandonati gli accenti estremi delle due teoriche, il servizio pubblico è oggi definito come «la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e utenti (...) Il servizio è dunque "pubblico" in quanto reso al pubblico degli utenti (...) per la soddisfazione dei bisogni della collettività, nonché in ragione del fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso», assumendolo o per disposizione di legge o con un atto amministrativo generale<sup>12</sup>.

Se si guarda alla disciplina vigente, è evidente che i servizi pubblici sono caratterizzati dalla contestuale presenza di momenti sia oggettivi che soggettivi. Il criterio oggettivo è valorizzato dal diritto comunitario (art. 106 TFUE, ex art. 86 del TFUE). Disgregati i monopoli pubblici e guidati gli ordinamenti degli Stati europei a implementare forme di gestione coerenti con il principio della concorrenza e della libertà di mercato, risulta del tutto indifferente che la prestazione sia erogata da un soggetto privato (regola) o da uno pubblico (eccezione): ciò che è fondamentale è che l'attività in cui il servizio si esplica sia intimamente connessa con il soddisfacimento di bisogni "primari" della collettività (a seconda dei casi, statale, regionale, lo-

<sup>8</sup> A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano* (a cura di V.E. Orlando), IV, I, Milano, 1924, 6.

<sup>9</sup> U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

<sup>10</sup> Sulla nozione di attività "oggettivamente" amministrativa si veda F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, voce dell'*Enc. dir.*, Milano, VI, 2002, 75.

<sup>11</sup> A. Azzena, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, voce del *Dig. pubbl.*, Torino, VI, 1991, 165.

<sup>12</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

cale). A sua volta, il risvolto soggettivo è imprescindibile per discriminare i servizi pubblici dalle altre attività – per lo più economiche – svolte dallo Stato e dalle altre amministrazioni pubbliche, sicché è servizio pubblico solo quello che la legge o un atto di indirizzo politico-amministrativo intestano a tali enti, che hanno il dovere di garantirne l'erogazione a favore dei cittadini, non importa se in concreto effettuata da un soggetto privato.

Quanto sin qui detto pare trovare conferma anche in giurisprudenza. Recentemente è stato affermato che «per identificare giuridicamente un servizio pubblico non è indispensabile a livello soggettivo la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di una definizione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti o comunque di terzi beneficiari»<sup>13</sup>.

Né la compresenza della componente soggettiva accanto a quella oggettiva pare oggi venir meno a causa della limitazione comunitaria all'intervento pubblico nel settore *de quo*, anch'esso dominato dal principio della concorrenza (art. 106 del Trattato UE, cit., secondo cui «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»). Infatti, se è vero che la disciplina europea tende a imprimere ai servizi “di interesse economico generale” una caratterizzazione tendenzialmente oggettiva, esigendo l'arretramento dell'intervento pubblico e la sottoposizione alla concorrenza, non è men vero che tali servizi hanno comunque bisogno “dell'investitura” pubblica<sup>14</sup>, sicché «la titolarità pubblica di un mercato o la sua regolamentazione presuppongono sempre una scelta pubblica, contingente e storicamente determinata, sulla

<sup>13</sup> Cons. St., sez.VI, 5 aprile 2012 n. 2021.

<sup>14</sup> R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.



rilevanza dell'interesse economico generale e sulla insufficienza del mercato ad assicurarne le finalità»<sup>15</sup>.

### **3. Servizi di rilevanza economica**

L'elaborazione della definizione di servizi pubblici non è fatica inutile. A parte le importanti connotazioni teoriche, la nozione che si è tentato di prospettare è fondamentale anche sul piano pratico-operativo. Infatti, a fronte di una certa prestazione, tale definizione serve per comprendere se si tratti di un "servizio pubblico" – nel qual caso sussistono i criteri oggettivi e soggettivi di cui detto – oppure di un appalto di servizi – nel qual caso deve risultare che la prestazione è rivolta direttamente all'amministrazione in funzione strumentale alla stessa, senza soggezione a onere di contribuzione (tariffa o compenso) da parte dell'utenza<sup>16</sup>. E discriminare in concreto un appalto di servizi da un servizio pubblico è fondamentale per determinare la disciplina applicabile, diversa per le due fattispecie (a iniziare dalle modalità di affidamento e di gestione), nonché il processo e i poteri giurisdizionali applicabili in caso di controversia.

Definita la nozione di servizio pubblico, pare ora possibile tentare di inquadrare le caratteristiche delle due specifiche tipologie di tali servizi oggetto della presente indagine, ossia quelli di rilevanza economica e quelli sociali.

Iniziando dai primi, si osserva che la locuzione "rilevanza economica" era già presente nell'art. 90 del Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea (1957), poi divenuto art. 86 a seguito del Trattato di Amsterdam (1997) e oggi trasfuso nell'art. 106 del Trattato di Lisbona (del 2007, ma entrato in vigore nel 2009). Sull'importanza di tale norma ai fini interpretativi della disciplina italiana si tornerà appresso.

Quanto all'ordinamento interno, la locuzione è stata prevista soltanto nel 2003, in radicale riforma della previgente distinzione tra servizi pubblici locali "di rilevanza industriale" (art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali») e servizi pubblici locali «privi di rilevanza industriale» (art. 113-bis, t.u. cit.), intro-

<sup>15</sup> A. Police, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *I servizi pubblici locali* (a cura di S. Mangiameli), Torino, 2008, 65.

<sup>16</sup> Cons. St., sez.V, 1° aprile 2011, n. 2012 che, applicando i suddetti criteri distintivi, ha qualificato appalto di servizi, e non già servizio pubblico, lo smaltimento dei fanghi derivanti dalla depurazione delle acque; si v. anche e Cons. St., sez.V, 3 maggio 2012, n. 2537.

dotta dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002). Sollecitato dai rilievi mossi dalla Commissione delle Comunità europee con l'atto di messa in mora del 26 giugno 2002, prima con l'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, e poi con l'art. 4, comma 234, l. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004), il legislatore italiano sostituì le suddette categorie con quelle dei servizi pubblici "di rilevanza economica" e dei servizi pubblici "privi di rilevanza economica" modificando, rispettivamente, gli artt. 113 e 113-*bis* testé citati.

La nuova denominazione comportava diversità di disciplina quanto alle modalità di gestione, che doveva avvenire ricorrendo a formule organizzative tipiche, nonché quanto alle modalità di affidamento. In particolare, solo per i servizi di rilevanza economica erano previste forme di conferimento della titolarità del servizio ispirate ai principi della concorrenza (sostanzialmente: affidamento mediante gara), mentre per quelli privi di rilevanza economica si stabiliva che l'affidamento potesse avvenire in modo diretto (ossia senza gara).

Queste disposizioni hanno subito vorticose vicende modificative che qui è utile ricordare non solo per completezza espositiva, ma anche perché alcune forniscono importanti spunti per rintracciare i tratti peculiari della rilevanza economica di un servizio.

Dapprima la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 113-*bis*, t.u. enti locali, sopra citato, perché, non esistendo in punto di servizi privi di rilevanza economica un mercato concorrenziale, essi non rientrano nella materia della "tutela della concorrenza", attribuita dall'art. 117, comma 2, lett. e, Cost., alla legislazione esclusiva dello Stato, che dunque non ha il potere di stabilire la disciplina sulla gestione di tali servizi<sup>17</sup>. In pratica, la competenza legislativa sui servizi carenti di rilevanza economica spetta alle Regioni (ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost.) ed esito della sentenza è anche «il venir meno del principio di tipicità delle formule organizzative gestionali e la possibilità, per gli Enti locali, di ricorrere, anche in analogia con soluzioni già introdotte nell'ordinamento dalla normativa relativa a settori specifici (...) a svariate possibili formule gestionali»<sup>18</sup>.

Dopo è intervenuto il legislatore. Con l'art. 23-*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, poi integrato dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in l. 20 novembre 2009, n. 166, e con il d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, è stata prevista una nuova disciplina volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali

<sup>17</sup> C. cost., 27 luglio 2004, n. 272.

<sup>18</sup> C. conti, sez. contr. Sardegna, 18 giugno 2007, n. 9.

## **i servizi pubblici a rilevanza economica e sociale**

comunitarie, le ipotesi di gestione *in house* e mediante società mista dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Quindi tale assetto è stato sovvertito a seguito del referendum del 12-13 giugno 2011<sup>19</sup>, che ha abrogato l'art. 23-*bis*, cit., così determinando l'applicazione diretta della normativa comunitaria di settore<sup>20</sup>, tra cui spiccano le norme che consentono l'affidamento dei servizi a società *in house*.

Successivamente, sono stati approvati gli artt. 3-*bis* e 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148, così come integrato dall'art. 9, l. 12 novembre 2011, n. 183, e modificato dall'art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con l. 24 marzo 2012, n. 27. Specialmente l'art. 4, d.l. 138/2011 ha di fatto disatteso la volontà referendaria, stabilendo una disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica identica per *ratio* a quella abrogata e riproducendo altresì buona parte del dettato posto dal sopra citato art. 23-*bis*, e dal relativo regolamento attuativo approvato con d.p.r. 168/2010.

È poi nuovamente intervenuta la Corte costituzionale, che con sentenza 20 luglio 2012, n. 199 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il citato art. 4, d.l. n. 138/2011, provocando una nuova reviviscenza dei principi e delle regole europei che consentono alle amministrazioni la gestione in proprio dei servizi di interesse generale, sia mediante società *in house*, sia ricorrendo a società miste con socio operativo.

In ultimo – ma è presumibile che non sia in fine – sulla disciplina così come risultante dal descritto lungo processo normativo e interpretativo si è innestato l'art. 34, commi da 20 a 25, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, che ha stabilito che i servizi pubblici locali di rilevanza economica devono essere affidati sulla base di apposita relazione dell'ente, pubblicata su internet. Tale relazione deve motivare sull'esistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, nonché definire i contenuti degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le eventuali compensazioni economiche. La norma prevede anche disposizioni specifiche per gli affidamenti in corso (con obblighi conformativi alla nuova disciplina e scadenze), riservando inoltre i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, chiamati a organizzare il servizio, determinare le tariffe e scegliere la tipologia di gestione, affidamento e controllo della gestione.

<sup>19</sup> Si veda d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

<sup>20</sup> Come espressamente sancito da C. cost., 26 gennaio 2011, n. 24.

Dal tormentato quadro di cui si è dato brevemente conto si ricava l'indubbia importanza della categoria dei servizi pubblici di rilevanza economica trattandosi, in estrema sintesi, di quei servizi per la cui gestione deve essere assicurato il rispetto della disciplina comunitaria sulla concorrenza. Ciò detto, si pone (*more solito*) il problema della definizione, tutt'altro che semplice, così da distinguerli rispetto agli altri servizi, ovvero quelli privi di rilevanza economica. Posto che la legge non dà nessuna indicazione nozionistica sul punto, occorre riferirsi alla giurisprudenza, che fornisce fondamentali indicazioni.

Al riguardo, occorre innanzitutto prendere le mosse dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 272/2004, già menzionata, da cui è possibile trarre il canone interpretativo *a contrario* per cui in riferimento ai servizi "di rilevanza economica" (e cioè quelli correlati alla "tutela della concorrenza") esiste un mercato concorrenziale in virtù dello scopo precipuamente lucrativo dello svolgimento della relativa prestazione e dell'assunzione dei rischi connessi a tale attività, anche in considerazione della mancanza di finanziamenti pubblici dell'attività medesima.

Con l'andare del tempo, però, l'interpretazione giurisprudenziale è evoluta nel senso di non assumere quale discriminante della rilevanza economica la mera applicabilità dell'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o meno, dell'erogazione di un determinato servizio pubblico, capace di produrre utili e di generare un tendenziale margine. Ciò in quanto, come precisato dal Consiglio di Stato, «qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica – attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, gestiti in funzione di mera copertura delle spese sostenute, anziché del perseguimento di profitto d'impresa, le cui spese per lo più fanno carico alla finanza pubblica e la cui disciplina è normalmente diversa da quella dei servizi a rilevanza economica –, può essere svolta in forma d'impresa, purché vi sia un soggetto (in questi casi, un'istituzione pubblica) disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni»<sup>21</sup>. Pertanto, per discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame è stato suggerito di applicare «un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio»<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Cons. St., sez.V, 10 settembre 2010, n. 6529.

<sup>22</sup> Ancora Cons. St., sez.V, n. 6529/2010, cit.

## **i servizi pubblici a rilevanza economica e sociale**

Rispetto a questo orientamento che, di fatto, richiede che il carattere dell'economicità di un servizio sia verificato in concreto, si è significativamente staccata la Corte costituzionale nella sentenza 17 novembre 2010, n. 325. Evidenziata l'omologia tra tale categoria e quella comunitaria di "interesse economico generale" *supra* menzionata, la Consulta ha osservato che quest'ultimo è inteso alla stregua di «interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato", anche potenziale<sup>23</sup> e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si tratta dunque di una nozione oggettiva di interesse economico, riferita alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale»<sup>24</sup>.

Conseguentemente, in primo luogo un servizio è di interesse economico quando è idoneo a influenzare un assetto concorrenziale non solo in atto, ma anche *in fieri*: questo è il significato della previsione legislativa della mera «rilevanza» economica, nel senso che non occorre un mercato già esistente, ben potendosi trattare di servizio ancora da organizzare e da immettere sul mercato, «che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscono secondo criteri di economicità». In secondo luogo, un servizio è di rilevanza economica quando «l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici)»<sup>25</sup>.

### **4. Servizi sociali**

Le indicazioni che si sono ricavate dall'indagine condotta in merito al requisito della "rilevanza economica" di un servizio ha ovvie ripercussioni sull'individuazione dei tratti peculiari dei servizi sociali<sup>26</sup>. Ciò perché, tradi-

<sup>23</sup> Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Italia*, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44.

<sup>24</sup> Su queste tematiche, in dottrina, A. Zito, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998.

<sup>25</sup> C. cost., n. 325/2010, cit.

<sup>26</sup> E. Ferrari, *I servizi sociali*, Milano, 1986; Galdani A., *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007.

zionalmente, questi ultimi si vorrebbero estranei al mercato e all'esercizio dell'attività economica di impresa. Consistendo in prestazioni finalizzate alla tutela e alla promozione del benessere della persona, essi «ineriscono (...) ad ambiti nei quali, per la primarietà dei bisogni da soddisfare connessa all'elevato costo di produzione dei servizi, l'ordinamento – secondo scelte sancite, per i più importanti servizi sociali, già dalla Costituzione – giunge a configurare il sottostante interesse collettivo di tale forza e importanza da non tollerare bilanciamenti con la eventualmente contrapposta libertà d'iniziativa economica privata, sia nella sua dimensione individuale sia nelle sue dimensioni collettive del mercato e della concorrenza»<sup>27</sup>.

Questa impostazione sembra poi trovare conferma nella considerazione unitaria di tali servizi, cui il legislatore ha persino dedicato un'apposita definizione normativa. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, comma 2, l. 8 novembre 2000, n. 328 (Legge-quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) e 128, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, sono servizi sociali «tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia».

Ma ancor più importante nell'ottica della marcata specialità e dell'apparente alterità rispetto al rilievo economico è il fatto che sempre la l. 328/2000 prevede una disciplina completa e unitaria sull'assetto istituzionale, organizzativo e gestorio dei servizi di assistenza qui in discussione, che fondamentalmente è indifferente alla remuneratività o meno della prestazione erogata giacché, in osservanza del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* lo scopo è «combattere l'esclusione e (...) promuovere l'integrazione, processo che implica un rapporto diretto personale non standardizzabile (si pensi all'istruzione, alla sanità) e che può implicare sacrifici o costi» per l'utente<sup>28</sup>, che comunque ha diritto all'erogazione della prestazione a prescindere dal carattere compensativo della stessa per il soggetto che la assolve.

Sennonché la contrapposizione di tali servizi con quelli di interesse economico (i servizi sociali sono stati persino elevati a prototipo dei servizi carenti di rilevanza economica) è del tutto fuorviante e potrebbe condurre a conclusioni errate, perché smentite dalla prassi applicativa. Com'è stato

<sup>27</sup> E. Scotti, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in *I servizi pubblici locali (a cura di S. Mangiameli)*, Torino, 2008, 29.

<sup>28</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

## **i servizi pubblici a rilevanza economica e sociale**

evidenziato<sup>29</sup>, identificare i servizi sociali con quelli privi di rilevanza economica è operazione impropria, tanto per eccesso (non è vero che i servizi sociali non possano avere carattere economico e non possano essere gestiti in forma d'impresa), quanto per difetto (possono costituire servizi privi di rilevanza economica anche quelli «culturali e del tempo libero», come statuiva l'art. 113-*bis*, comma 3, cit.). Il punto è che anche un servizio sociale può esibire caratteri di redditività, innestandosi in un settore per il quale esiste, anche solo potenzialmente, una remunerazione per la prestazione resa e, dunque, un mercato animato da attori privati in grado di realizzare gli obiettivi di interesse pubblico prefissati da un'amministrazione a tutela della collettività di riferimento<sup>30</sup>. A questo proposito, è stato annotato che non corrisponde al vero che al «mondo economico, nel quale si può ricorrere alla mano invisibile del mercato come selettore di ottimalità anche nell'erogazione di servizi e alla regolazione come surrogato della mano invisibile» si contrappone «quello sociale, dove ci possono essere soltanto erogazioni amministrative»<sup>31</sup>.

D'altronde, è la stessa Commissione europea, nella comunicazione «Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea» del 26 aprile 2006, a rilevare che «le prestazioni fornite solitamente contro retribuzione [devono] essere considerate come attività economiche ai sensi del trattato. Il trattato non esige tuttavia che il servizio venga pagato direttamente da coloro che ne beneficiano. Ne consegue che la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta 'un'attività economica' conformemente agli articoli 43 e 49 del trattato CE». Ciò anche in considerazione del fatto che «non è necessaria la sussistenza di una finalità economica da parte del soggetto che esegue le prestazioni: è sufficiente (come è sufficiente per ravvisare un'impresa nel senso di cui all'art. 2082 c.c.) che l'attività di produzione di beni o servizi si configuri come tale da remunerare i fattori della produzione impiegati»<sup>32</sup>.

La stessa giurisprudenza ha avuto modo di riconoscere la natura economica in alcuni servizi socio-assistenziali e socio-educativi (nella specie, gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno

<sup>29</sup> A. Police e W. Giulietti, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 831.

<sup>30</sup> F. Cintioli, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 627.

<sup>31</sup> F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 63.

<sup>32</sup> G. Caia, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, 355.

per minori e della mensa sociale, assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, consegna di pasti caldi a domicilio, lavanderia e stileria, nonché gestione del centro di aggregazione per anziani) in quanto attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale<sup>33</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono e riprendendo gli assunti cui si è pervenuti nel paragrafo precedente, pare di potere evidenziare che, in quanto di rilievo economico, anche i servizi sociali possono essere oggetto di applicazione della disciplina comunitaria sulla concorrenza, anziché di quella speciale dettata dalle Regioni o dagli enti locali sulle spoglie dell'abrogato art. 113-*bis*. Ciò si verifica non solo quando il corrispettivo è versato dal cittadino fruitore della prestazione propria del servizio pubblico sociale, ma anche quando è l'ente pubblico a vestire i panni dell'"utente collettivo" e a farsi carico di remunerare il gestore, segnalando in tal modo la natura economica del servizio medesimo<sup>34</sup>. Il punto per dire che un servizio sociale è di rilevanza economica non è quindi chi paga il gestore del servizio sociale, ma che quest'ultimo si veda effettivamente remunerata l'attività svolta, non importa se ciò avvenga a opera dell'amministrazione in luogo dell'utente<sup>35</sup>.

Né il prospettarsi della possibile qualificazione economica di un servizio sociale sembra potere destare preoccupazioni in ordine all'efficienza e regolarità nell'erogazione dello stesso. Infatti, essa ha unicamente ripercussioni con riguardo alle modalità di affidamento e alle forme di gestione, restando invariata la presenza pubblica dell'ente che ne garantisce la prestazione per soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento. In altre parole, qualora un servizio pubblico sociale abbia rilevanza economica non per questo vengono meno i tratti peculiari del servizio pubblico più sopra specificati e, in specie, il binomio doverosità dell'ente pubblico (in relazione all'erogazione dell'attività in cui si estrinseca il servizio medesimo) – pretesa degli utenti (al rispetto dei consueti canoni di diffusione, qualità, quantità, continuità, accessibilità etc. nello svolgimento della relativa prestazione).

<sup>33</sup> Tar Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729.

<sup>34</sup> R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993.

<sup>35</sup> V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Torino, 2008.



## **i servizi pubblici a rilevanza economica e sociale**

### *Abstract*

*Further to elaboration of the public service category from an evolutionary perspective and with the aim to provide one coherent definition to the current regulations, the essay investigates the specific nature of both public services with economic relevance and social services. By means of comparing the different management models applied, the present study rejects any reconstructive approach which, by emphasizing the non-economic relevance of social services, tends to aprioristically take them out of the application scope of the principles and regulations on the market competition.*



MELANIA D'ANGELOSANTE

L'INTERNAZIONALIZZAZIONE DEGLI ATENEI  
E LA DIDATTICA UNIVERSITARIA  
PARLANO LA STESSA "LINGUA"?

SOMMARIO: 1. Il punto di partenza e le ragioni di questo studio: il problema della lingua della didattica universitaria. – 2. La decisione del Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348 – 3. Il parametro degli obiettivi di internazionalizzazione degli atenei. – 4. La prospettiva della tutela dell'identità nazionale. – 5. I limiti della libertà di insegnamento, del diritto allo studio, del principio di proporzionalità. – 6. La lingua come mezzo, non come fine: la scelta della lingua dell'insegnamento non riguarda l'insegnamento della lingua. – 7. Qualche conclusione.

**1. Il punto di partenza e le ragioni di questo studio: il problema della lingua della didattica universitaria**

Lo studio che qui si propone ha ad oggetto il rapporto fra le esigenze di internazionalizzazione degli atenei e la lingua della didattica universitaria: lo si esaminerà attraverso la lente della tutela dell'identità nazionale, della libertà di insegnamento, del diritto allo studio e del principio di proporzionalità.

L'idea di affrontare questo tema nasce essenzialmente da tre ragioni.

La prima riguarda la recente spinta al rafforzamento della internazionalizzazione degli atenei, ricollegabile principalmente alle previsioni della legge Gelmini (l. 30 dicembre 2010, n. 240). Ivi si precisa che uno degli strumenti per raggiungere questo obiettivo può essere «l'attivazione [...] di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera», «nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente» (art. 2, c. 2, lett. l)).

La seconda ragione è di natura, per così dire, empirica, e risiede in quello che in buona parte è l'effetto della prima.

Si fa riferimento alla attivazione (o al tentativo di attivazione), da parte di alcuni atenei italiani<sup>1</sup>, di corsi di studio e di insegnamenti impartiti inte-

<sup>1</sup> Si pensi ad es. all'Università di Bologna (sia nella Sede centrale sia in alcune Sedi decentrate, come il Campus di Rimini), o al Politecnico di Milano, o di Torino.

ramente in lingua inglese (dalla didattica frontale, al ricevimento studenti, alle modalità di verifica dell'apprendimento, agli esami di profitto e di laurea).

E, si badi bene, non si tratta di corsi di studio o di insegnamenti riconducibili alle lauree delle classi linguistiche. Si tratta invece di corsi o di insegnamenti appartenenti alle lauree di altre classi (economiche, tecniche, giuridiche) in cui la lingua funge da mero veicolo della comunicazione, e quindi dell'apprendimento.

Dunque qui la lingua è *un mezzo* dell'insegnamento, non *il suo fine*. L'oggetto della formazione è infatti rappresentato da discipline quali le c.d. scienze dure (come la matematica, la chimica, la medicina), e anche le scienze sociali (come l'economia o il diritto), ma non dalle discipline linguistiche, o, almeno, non è questo l'elemento centrale della offerta didattica sottoposta a revisione.

Il punto è pertanto quello della *lingua dell'insegnamento*, e non dell'*insegnamento della lingua*. Ma su questo si tornerà in seguito.

Va aggiunta ora qualche precisazione sul profilo soggettivo.

La nuova offerta formativa si rivolge non solo agli studenti stranieri (comunitari e/o extracomunitari), ma anche a quelli italiani. Questa scelta ricalca quella che ormai negli anni Venti del secolo scorso fu adottata ad es. dalla Università per stranieri di Perugia. Solo che in quel caso l'opzione linguistica è stata diametralmente opposta a quella attuale. L'Università per stranieri è nata infatti per diffondere la cultura italiana soprattutto all'estero: la finalità principale era (e resta) quella di attrarre in particolare gli studenti di altri Paesi. E di attrarli verso una didattica che, in sintonia con questo scopo primario, non poteva (e non può) che essere impartita in italiano. Diverso ancora sarebbe il caso di una offerta in lingua straniera rivolta prevalentemente a studenti stranieri, e finalizzata dunque soprattutto ad attrarre utenti per i quali l'uso della lingua del Paese ospitante rappresenterebbe un limite significativo alla scelta di un ateneo di quel Paese.

La terza ragione dello studio, infine, è a sua volta una delle conseguenze della seconda. Forse al momento la conseguenza più significativa.

Con una recente decisione, pubblicata lo scorso 23 maggio 2013, il Tar Lombardia<sup>2</sup> ha infatti annullato le delibere del Senato accademico e del Consiglio di amministrazione del Politecnico di Milano relative alla individuazione delle linee strategiche di ateneo per le annualità 2012-2014. L'annullamento è intervenuto per eccesso di potere e violazione di legge, ravvi-

<sup>2</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

sati nella parte delle delibere in cui si era previsto che, a decorrere dall'anno accademico 2014/2015, l'Ateneo avrebbe assunto una configurazione a rilevanza internazionale, in modo da assicurare che almeno cento insegnamenti fossero tenuti da docenti stranieri, e da assicurare che le lauree magistrali e i dottorati di ricerca fossero attivati con una modalità di erogazione della didattica esclusivamente in lingua inglese, precludendo dunque in modo assoluto l'insegnamento anche in lingua italiana<sup>3</sup>. Si leggeva in particolare, nella delibera del Senato, che a decorrere dall'a.a. 2014/2015 «la lingua ufficiale dell'Ateneo per le Lauree magistrali ed i corsi di Dottorato» sarebbe stata «esclusivamente» la «lingua inglese».

Parallelamente era stato previsto lo sviluppo di un piano integrato per la formazione dei docenti esistenti e il conseguente sostegno agli studenti, in ambedue i casi dal punto di vista linguistico.

Sin da ora si può evidenziare che in questo caso l'offerta formativa in lingua straniera doveva essere non solo *integrale* (ossia estesa a tutte le attività didattiche, dalla tenuta del corso all'esame di laurea), ma anche *esclusiva*, e dunque *escludente*: avrebbe sostituito in sostanza tutta la didattica in italiano sino a quel momento impartita sugli stessi oggetti. Non si sarebbero quindi più attivati corsi di dottorato di ricerca o corsi di laurea magistrale nella lingua di nazionalità dell'ateneo erogante.

Sulla “terza ragione” della ricerca occorre ora soffermarsi brevemente, per esporre i motivi che hanno indotto il Tar ad annullare i provvedimenti impugnati.

Quella del Tar è una decisione singolare nel suo genere, occupandosi di un problema a quanto pare mai verificatosi, posto e dunque mai neppure affrontato prima. E in effetti un vivo dibattito era sorto sin dalla adozione delle delibere di Ateneo poi impuginate, ed aveva coinvolto sia studiosi di diritto sia studiosi di italianistica, linguistica, filosofia del linguaggio, e, più in generale, studiosi di diverse aree disciplinari<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Più precisamente si era previsto di conservare la didattica in italiano per il triennio, e di introdurre quella in lingua inglese per il biennio successivo, consentendo peraltro alcune eccezioni all'uso della lingua straniera anche nel biennio.

<sup>4</sup> Come desumibile dalla provenienza dei vari scritti raccolti in *Fuori l'italiano dall'università?: inglese, internazionalizzazione, politica linguistica*, a cura di N. Maraschio e D. De Martino, Bari, Laterza, 2013 (si v. *ivi* in particolare i contributi di: A. Tesi, *Corsi universitari e lingua inglese: alcune considerazioni e esperienze*, 27 ss.; E. Banfi, *Intorno ad alcune proposte per l'utilizzo dell'inglese come lingua dell'insegnamento universitario*, 30 ss.; P. Grossi, *Qualche conclusione da una premessa indiscutibile: il valore identitario di una lingua per il singolo e per la collettività*, 57 ss.; M.L. Altieri Biagi, *Che lingua farà, domani?*, 110 ss.; G. Beccaria, *Non è tutto oro quel che è «basic»*. Sulla proposta del ministro di favorire corsi universitari in lingua, 112 ss.; E. Jamrozik, *L'in-*

La peculiarità della vicenda è più evidente ove si consideri che la “questione della lingua” normalmente riguarda la tutela delle minoranze (linguistiche, appunto) all'interno di un ordinamento, e non la protezione dell'idioma nazionale dalle “incursioni” delle lingue straniere, non tutelate dall'ordinamento interno come minoranze linguistiche né qualificabili direttamente o indirettamente come tali.

Le minoranze linguistiche<sup>5</sup> ricevono infatti una specifica protezione in ragione: a) della loro ancillarità rispetto alla lingua ufficiale nazionale; b) della loro correlazione ad alcune sedimentate caratteristiche culturali di parti del territorio nazionale.

A queste *minoranze*, dette *storiche*<sup>6</sup>, dovrebbero aggiungersi oggi le

*glese nell'insegnamento accademico in Polonia*, 62 ss.; F. Buni, *Pro Italarum sermone*, 116 ss.; T. De Mauro, *Il Politecnico monoglottico*, 120 ss.; P. Fiorelli, *Il fedecompresso della lingua*, 121 ss.; H. Haller, *Condividere il sapere e le lingue in modo non gerarchico*, 123 ss.; M. Pfister e W. Schweickard, *Insegnamento (e scritti scientifici) in inglese o in italiano?*, 124 ss.; F. Sabatini, *Forti dubbi sull'efficacia didattica, timori per gli effetti sociali*, 126 ss.; C. Segre, *Se l'umanesimo italiano fosse suddito dell'inglese. In difesa dei valori «ad alta definizione»*, 128 ss.; H. Stammerjohann, *Per un 'Collegio d'Italia'*, 132 ss.; E.F. Tuttle, *Il parere di un anglofono non anglofobo*, 137 ss.; P.E. Balboni, *Quale lingua all'università*, 146 ss.; G. Baldassarri, *Inglese? Sì, grazie, ma anche altre lingue di cultura (e l'italiano)*, 150 ss.; M.A. Cabiddu, *Lingua, potere e libertà*, 169 ss.; L. Canfora, *Perplexità su una fuga in avanti*, 173 ss.; P. Caretti, *L'inglese esclusivo all'università: un caso di discriminazione al contrario*, 178 ss.; E. Castellani, I. Castellani e L. Castellani, *Inglese sì, ma 'with a grain of salt'*, 180 ss.; T. Gregory, *Il mito dell'inglese*, 206 ss.; D. Maraini, *Inglese a scuola ma senza servilismo*, 216 ss.; A. Quadrio Curzio, *L'italiano e le altre lingue: alcuni protagonisti e paradigmi 'Lincei'*, 257 ss.; R. Schmid, *La lingua dell'insegnamento universitario: «strumento tecnico» o «elemento di contenuto e strumento culturale?»*, 274 ss.; D. Sorace, *L'inglese e il diritto; il diritto all'italiano*, 280 ss.; J. Tytus, *«Global English»? Un esempio da Firenze*, 293 ss.; L. Zhang, *La lingua italiana nell'università cinese*, 307 ss.). Per un approfondimento sul tema si v. anche L. Lepschy e G. Lepschy, *Riflessioni sulla lingua dell'insegnamento*, in *Bollettino di italianistica*, 2012, 13 ss.

<sup>5</sup> Si pensi, per il caso dell'Italia, alle lingue tedesca e ladina parlate in una parte della provincia di Bolzano, alla lingua francese parlata in una parte della regione Valle d'Aosta, e alla lingua slovena parlata in una parte delle province di Trieste e Gorizia. Le tipiche misure di tutela di queste lingue hanno una dimensione culturale, e riguardano ad es. lo studio delle tradizioni che vi si correlano, l'uso e l'insegnamento della lingua minoritaria nelle scuole, la diffusione di trasmissioni (soprattutto di informazione e approfondimento) da parte del servizio pubblico radiotelevisivo, e, più in generale, la diffusione di prodotti dell'editoria e di altri prodotti mediatici nella lingua tutelata, oltre che il suo uso nelle pubbliche amministrazioni. A queste forme di protezione si aggiunge, nella maggior parte dei casi, il regime di autonomia speciale costituzionalmente riconosciuto alle regioni o alle province ove tali minoranze sono allocate: questa, in verità, non è una forma di tutela delle minoranze linguistiche, ma una condizione che ne prescinde e che tuttavia, ove sussistente, può fungere da volano anche per la garanzia delle minoranze.

<sup>6</sup> Si tratta in sostanza di quelle tutelate dalla l. 15 dicembre 1999, n. 482 in attuazione dell'art. 6 Cost.

nuove minoranze, ossia i gruppi di immigrati che si esprimono negli «idiomi dei migranti»<sup>7</sup>.

In ambedue i casi le misure di protezione, se esistenti, sono di regola espressione della *integrazione* (che si verifica quando l'ordinamento che esprime la lingua ufficiale si apre alla lingua minoritaria), diversa dalla *separazione* (che si verifica quando è negata qualsiasi forma di apertura alla lingua minoritaria<sup>8</sup>), ma anche dalla *interazione* (che presuppone lo sviluppo del rapporto fra le due lingue in termini paritari)<sup>9</sup>.

La tutela delle minoranze linguistiche, nel caso di quelle storiche e tendenzialmente anche di quelle nuove (se prevista o in programma), dovrebbe essere finalizzata a consentire il consolidarsi, per le popolazioni interessate, di un *bilinguismo aggiuntivo* (valorizzazione di ambedue le lingue, quella ufficiale e quella della minoranza), scongiurando il *bilinguismo sottrattivo* (valorizzazione della sola lingua ufficiale), lo «spaesamento nel *semilinguismo*»<sup>10</sup> (penalizzazione di ambedue le lingue) e/o l'*erosione* di una delle due lingue<sup>11</sup>.

Diverso ancora è il caso dei dialetti, che possono essere considerati un patrimonio culturale meritevole di valorizzazione, ma non sono destinatari di specifiche forme di tutela come per le minoranze<sup>12</sup>.

Nessuno di questi è, a ben vedere, il caso delle altre lingue straniere (come l'inglese) non destinatarie delle specifiche misure di tutela previste per le minoranze storiche, né identificabili quali idiomi di gruppi di migranti alla ricerca di un nuovo territorio ove stabilirsi.

<sup>7</sup> M. Lo Prejato, *La lingua italiana tra identità nazionale e migrazioni*, in *Bollettino di italianistica*, 2011, 414, ed *ivi* gli ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>8</sup> In casi come questi si parla anche di «segregazione» della minoranza, si v. M. Lo Prejato, *op. cit.*, 409 ss. P. Carrozza (*Lingua, politica, diritti: una rassegna storico-comparatistica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 1474 ss.) ritiene invece separati quei sistemi (come quello vigente nel Trentino – Alto Adige) in cui gli appartenenti alla minoranza non siano tenuti a studiare e ad usare, oltre alla propria lingua, anche quella ufficiale dello Stato in cui vivono.

<sup>9</sup> Sono queste le categorie usate da Zagrebelsky nell'incontro *La lingua italiana fattore portante dell'identità nazionale*, tenutosi il 21 febbraio 2011 a Palazzo del Quirinale nell'ambito delle manifestazioni per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia. Per un approfondimento sulle riflessioni fondamentali emerse nel corso dell'incontro si v. M. Lo Prejato, *op. loc. cit.*, 409 ss.

<sup>10</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>11</sup> M. Lo Prejato, *op. cit.*, 416, ed *ivi* gli ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>12</sup> F. Ratto Trabucco, *La costituzionalizzazione della lingua italiana: un'occasione per la «valorizzazione» degli idiomi regionali e locali*, in *Le Regioni*, 2008, 530 ss. Sul tentativo, mal riuscito, di tutelare ad es. il dialetto piemontese come se fosse espressione di una minoranza linguistica riconosciuta si v., da ultimo, C. cost., 10 maggio 2010, n. 170.

Fatte queste precisazioni, è doveroso chiarire sin da ora che il tema della tutela delle minoranze linguistiche, il quale è assai ampio<sup>13</sup>, non sarà og-

<sup>13</sup> Solo per fare qualche esempio, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia a C. cost., 22 maggio 2009, n. 159; C. cost., 10 maggio 2010, n. 170; C. cost., 29 ottobre 1999, n. 406; C. cost., 21 ottobre 1998, n. 356; C. cost., 25 maggio 1987, n. 188; C. cost., 4 maggio 2009, n. 132; C. cost., 7 marzo 2011, n. 88; C. cost., 24 febbraio 1992, n. 62 (ed in ciascuna ulteriori riferimenti alla giurisprudenza costituzionale); A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, Einaudi, 1993; S. Bartole, *Minoranze nazionali*, in *Nss. D.I.*, Appendice V; V. Piergigli, *La tutela delle minoranze linguistiche storiche nell'ordinamento italiano tra principi consolidati e nuove (restrittive) tendenze della giurisprudenza costituzionale*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; ID., *La legge 15 dicembre 1999, n. 482: un traguardo per le minoranze linguistiche (finora) debolmente protette*, in *Quad. cost.*, 2000, 126 ss.; F. Palermo, *La Corte "applica" il Titolo V alle minoranze linguistiche e chiude alle Regioni*, in *Giur. cost.*, 2009, 1780 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; F. Ratto Trabucco, *La costituzionalizzazione della lingua italiana*, cit., 515 ss., ed *ivi* ampi riferimenti anche alla prospettiva comparata; L. Panzeri, *Le prospettive di tutela delle minoranze linguistiche in Italia: il ruolo delle Regioni ordinarie*, in *Le Regioni*, 2009, 979 ss.; ID., *Il riconoscimento giuridico delle minoranze linguistiche tra unità nazionale ed istanze territoriali*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 2093 ss.; S. Penasa, *La promozione delle minoranze linguistiche via meccanismi di partecipazione. La legge provinciale della Provincia autonoma di Trento n. 6 del 2008 quale laboratorio del sistema multilevel di tutela delle minoranze linguistiche?*, *ivi*, 1017 ss.; M.E. Gennusa, *L'art. 6 Cost. e il ruolo del legislatore nella garanzia del diritto all'uso della lingua materna nel processo*, in *Le Regioni*, 2000, 410 ss.; R. Toniatti, *Pluralismo sostenibile e interesse nazionale all'identità linguistica posti a fondamento di «un nuovo modello di riparto delle competenze» legislative fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 1121; E. Stradella, *La tutela delle minoranze linguistiche storiche tra Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*, 1150 ss.; A. Pizzorusso, *Legislazioni europee sulle lingue minoritarie*, in *Lingua e stile*, 2001, 211 ss.; L.A. Mazzaroli, *La tutela delle minoranze linguistiche nella Costituzione del nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 727 ss.; E. Palici di Suni, *La legge italiana sulla tutela delle minoranze linguistiche storiche nel quadro europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 101 ss.; ID., *La tutela delle minoranze linguistiche fra Stato e regioni: un ritorno al passato?*, in *Giur. cost.*, 2009, 1771 ss.; ID., *La disciplina di tutela delle minoranze linguistiche tra Corte e legislatore*, in *Giur. cost.*, 1999, 3152 ss.; ID., *Minoranze linguistiche riconosciute ed operatività diretta dell'art. 6 della Costituzione*, in *Giur. it.*, 1992, n. 7; R. Toniatti, *Un nuovo intervento della Corte in tema di rappresentanza politica preferenziale delle minoranze linguistiche: il consolidamento della democrazia consociativa etnica nel Trentino – Alto Adige*, in *Le Regioni*, 1999, 291 ss.; G. Poggeschi, *La "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" dell'Unesco entra a far parte del corpus legislativo italiano. Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?*, in *Aedon*, 2007, n. 2; P. Carluccio e R. Finocchi Ghersi, *Divieto di introduzione di nuova lingua minoritaria con legislazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1044; F. Albo, *La tutela delle minoranze linguistiche tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale alle prese con uno speciale modello di riparto della potestà legislativa*, in *Giur. it.*, 2010, n. 5; I. Telchini, *Problemi in ordine all'uso della lingua in Alto Adige nei rapporti fra privati e pubblici poteri*, in *Dir. ec.*, 1998, 21 ss.; U. Haider, *I diritti linguistici delle minoranze*, in *Dir. e cult.*, 2002, 189 ss.; F. Palermo, *Alto Adige: verso nuovi modelli di convivenza?*, in *Idf*, 1998, 1095 ss.; S. Ceccanti, *Democrazia maggioritaria e garanzia delle minoranze sono inconciliabili? Un commento alla sentenza n. 356/1998 della Corte Costituzionale*, *ivi*, 1115 ss.



getto dello studio, se non nella misura in cui si riveli strettamente funzionale a trattare il diverso tema, che invece ne forma oggetto, della lingua dell'insegnamento della didattica universitaria, nei termini sopra indicati.

Si può pertanto ora tornare alla decisione del Tar, la cui singolarità sta anche nel modo in cui le argomentazioni vengono sviluppate, come si vedrà.

Dopo il suo esame, e prendendo spunto dal suo contenuto, si continuerà a riflettere sul problema del rapporto fra la lingua della didattica universitaria e le esigenze di internazionalizzazione degli atenei, nella prospettiva della tutela dell'identità nazionale, della libertà di insegnamento, del diritto allo studio e del principio di proporzionalità. Lo si farà provando a distinguere la dimensione della lingua come mezzo di comunicazione da quella della conoscenza della lingua come scopo dell'insegnamento.

## **2. La decisione del Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348**

In primo luogo il Tar individua, tanto fra le fonti costituzionali quanto fra le fonti sub-costituzionali, alcune norme che fondano, direttamente o indirettamente, il «principio cogente» della ufficialità della lingua italiana nell'ordinamento (italiano). Principio che «non è fine a se stesso, ma tende a garantire la conoscenza e la diffusione dei valori che ispirano lo Stato italiano».

Fra le fonti costituzionali questo fondamento è ravvisato indirettamente nell'art. 6 Cost., il quale, nel tutelare le minoranze linguistiche non contemplate dalla Costituzione, non può che presupporre l'ufficialità dell'italiano come lingua nazionale<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> L'assenza di una costituzionalizzazione espressa della lingua italiana risulta peraltro in controtendenza rispetto alla scelta formulata a suo tempo nello Statuto Albertino, il cui art. 62 recitava: «la lingua italiana è la lingua ufficiale delle Camere. È però facoltativo di servirsi della francese ai membri che appartengono ai paesi in cui questa è in uso e in risposta ai medesimi». La scelta dello Statuto si collegava però alla necessità di superare la parcellizzazione linguistica esistente fra gli Stati italiani preunitari. Diversamente, invece, l'opzione consacrata nella Costituzione è stata determinata, da un lato, dalla superfluità della costituzionalizzazione manifesta di una lingua che si era già indiscutibilmente imposta come idioma nazionale e, dall'altro, dalla necessità di prendere le distanze dal nazionalismo linguistico fascista, anche tutelando specificamente le minoranze linguistiche (art. 6). Né i tentativi di modificare o integrare la Costituzione con un riconoscimento di questo tipo (risalenti alla metà degli anni Novanta del secolo scorso e ripetutisi anche negli anni Duemila) sono mai approdati ad alcun risultato apprezzabile o utile. Per un approfondimento si v. F. Ratto Trabucco,

Il riconoscimento esplicito viene invece individuato:

a) in altre fonti di rango costituzionale, come l'art. 99 del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, adottato con il d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, ove si legge che la lingua italiana è la lingua ufficiale dello Stato;

b) in altre fonti anche antecedenti alla Costituzione repubblicana o successive ma di rango sub-costituzionale, come:

i) l'art. 271 del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore, adottato con r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, ove si legge che «la lingua italiana è la lingua ufficiale dell'insegnamento e degli esami in tutti gli stabilimenti universitari»;

ii) l'art. 1, l. n. 482/1999, ove si legge che «la lingua ufficiale della Repubblica è l'italiano» e che «la Repubblica [...] valorizza il patrimonio linguistico e culturale della lingua italiana»<sup>15</sup>.

A sostegno di queste posizioni viene richiamata anche la giurisprudenza costituzionale<sup>16</sup>.

Ne conseguirebbe il primato della lingua italiana.

Sicché la lingua nazionale non dovrebbe assumere un ruolo ancillare o subordinato nei confronti di alcuna altra lingua. E a maggior ragione questo limite dovrebbe essere rispettato nei rapporti con lingue straniere non tutelate dall'ordinamento nazionale come minoranze linguistiche.

Né con questo primato o con le disposizioni costituzionali, sub-costituzionali o antecedenti alla Costituzione sin qui richiamate contrasterebbe l'art. 2, c. 2, lett. l), l. n. 240/2010 (con ogni ulteriore conseguenza in termini di impraticabilità delle vie della incostituzionalità / annullabilità / abrogazione di norme giuridiche), per i seguenti motivi:

a) la legge Gelmini (l. n. 240/2010) consente (e non impone) l'attivazione di corsi in lingua straniera nella prospettiva del rafforzamento della internazionalizzazione degli atenei;

b) essa non prevede che, una volta attivato il corso in lingua straniera, debba essere dismessa l'erogazione dello stesso corso in lingua italiana;

*La costituzionalizzazione della lingua italiana*, cit., 515 ss., ed *ivi* ampi riferimenti anche alla prospettiva comparata.

<sup>15</sup> Alle fonti di legittimazione richiamate dal Tar si potrebbero poi aggiungere, ad es., tutte le disposizioni processuali che qualificano l'italiano come lingua ufficiale del processo e che, a partire da questo enunciato, riconoscono il diritto della parte che non la comprenda ad essere assistita da un interprete. Questi dovrà a sua volta essere in grado di assicurare, nell'attività di traduzione, il massimo rispetto dei contenuti che originano dalla lingua ufficiale.

<sup>16</sup> C. cost., 20 gennaio 1982, n. 28; C. cost., 22 maggio 2009, n. 159.

## **internazionalizzazione degli atenei e didattica universitaria**

c) l'eventuale attivazione di corsi in lingua straniera è solo una delle diverse misure (adottabili cumulativamente e/o alternativamente) previste per il rafforzamento dell'internazionalizzazione degli atenei;

d) tutte queste azioni sono semplicemente suggerite, giammai imposte;

e) l'attivazione di corsi in lingua straniera deve intendersi quale opzione valutabile e adottabile in ragione della natura del corso che dovrebbe formarne oggetto (dunque facendo applicazione di una logica «selettiva», e non «generalista»);

f) in ogni caso l'esercizio positivo della opzione non contrasta con il principio del primato della lingua italiana, se quest'ultima non viene subordinata a quella straniera e da essa penalizzata, e dunque se l'attivazione di corsi in lingua straniera non preclude la permanenza degli stessi corsi anche in lingua italiana (preclusione che la legge Gelmini non prevede né richiede)<sup>17</sup>.

Secondo il Tar i provvedimenti impugnati sono dunque in primo luogo illegittimi, sotto il profilo della violazione di legge e dell'eccesso di potere, per le ragioni sin qui riassunte.

Ma sono viziati anche perché non consentirebbero, né ai docenti né agli studenti, di scegliere se impartire la didattica o di fruirne nella lingua ufficiale dell'ordinamento o in quella straniera impiegata dall'ateneo per rafforzare l'internazionalizzazione. Ciò in contrasto «sia con la libertà di inse-

<sup>17</sup> Ciò parrebbe confermato anche dal d.m. 23 dicembre 2010, n. 50, che consente l'attivazione di corsi/insegnamenti impartiti interamente in lingua straniera, ma in aggiunta agli omologhi corsi/insegnamenti impartiti nella lingua nazionale. Più precisamente il Politecnico di Milano aveva difeso dinanzi al Tar la scelta compiuta dal Senato accademico ritenendo che essa risultava sostenuta dal contenuto dei par. 30 e 31 dell'all. 2 al d.m. Invece il Tar ha ritenuto che proprio l'esame di queste disposizioni avrebbe corroborato la tesi della illegittimità delle delibere impugnate. Il par. 30 dispone in particolare che, dalla data di adozione del decreto e fino al completamento dell'adeguamento degli ordinamenti didattici, gli atenei non possono istituire nuovi corsi di studio. Questa regola generale è derogata, per quello che in questa sede maggiormente interessa, dal successivo par. 31, secondo il quale, per favorire «la internazionalizzazione delle attività didattiche, il divieto di cui al [...] § 30 non trova applicazione nei riguardi dell'istituzione [...] di corsi omologhi a corsi già presenti [...] da attivare nella medesima sede didattica [...], che prevedano la erogazione delle attività didattiche interamente in lingua straniera». Dalla lettura congiunta di queste norme il Tar è giunto alla conclusione che la nuova offerta formativa in inglese prevista dalle delibere di Ateneo impugnate non potesse sostituire quella già presente e attivata in lingua italiana, ma dovesse semplicemente affiancarsi ad essa. Ha ritenuto pertanto illegittimi i provvedimenti oggetto del gravame proprio perché, fra l'altro, essi prevedevano una sostituzione, e non una integrazione, dell'offerta esistente.

gnamento, garantita dall'art. 33 Cost., sia con il correlato diritto allo studio». Ciò in quanto il principio del primato della lingua italiana non intende tutelare la lingua come mero strumento di comunicazione, ma «per l'insieme di valori culturali che sottende»<sup>18</sup>.

Dunque sia i docenti sia i discenti, se rispettivamente in servizio presso una università pubblica italiana o iscritti ad uno dei suoi corsi di studio, devono essere posti nelle condizioni: a) gli uni: di trasmettere le proprie conoscenze nella lingua ufficiale portatrice di quei valori; b) gli altri: di avvalersi della stessa lingua portatrice di tali valori per la propria formazione universitaria, se l'oggetto dell'insegnamento si riferisce ai medesimi valori.

Questo non equivale a dire, ad es., che il docente sia titolare di una sorta di «diritto al corso», ma significa piuttosto che non si possa privarlo della titolarità di un insegnamento solo poiché egli non si sia reso disponibile ad impartirlo in una lingua diversa da quella ufficiale<sup>19</sup>.

I provvedimenti impugnati sono inoltre ritenuti illegittimi, come si è accennato, per la loro natura «generalista» e non «selettiva», oltre che per violazione del principio di proporzionalità.

Qui si può precisare che la natura generalista riguarda:

a) la individuazione dei corsi da convertire (nel senso che si è omesso di scegliere quelli che si prestassero meglio a una trasformazione, e si è provveduto invece a riformarli tutti solo in ragione della loro natura di corsi magistrali o dottorali);

b) la individuazione della lingua straniera dell'insegnamento (nel senso che si è optato solo per l'inglese, senza valutare l'idoneità di altri idiomi in ragione dell'oggetto dell'insegnamento).

Così si può giungere a risultati che sono diametralmente opposti rispetto a quelli della internazionalizzazione, oppure si finisce per perseguire questo scopo con misure eccessivamente impattanti rispetto all'obiettivo.

Il Tar precisa infatti che internazionalizzare gli atenei significa renderli permeabili alle esperienze e ai flussi di conoscenza provenienti dall'estero,

<sup>18</sup> Sono queste ancora le parole del Tar. Per un approfondimento sulle riflessioni che possono scaturirne quanto in particolare al rapporto fra la libertà di insegnamento e i profili organizzativi, vale a dire fra *insegnamento* e (obblighi di servizio pubblico correlati alla attività di) *istruzione* si v. il successivo par. 5.

<sup>19</sup> Non è sicuramente lo stesso caso, ma è interessante notare che, in una decisione peraltro molto risalente nel tempo, il Tar Basilicata ha ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale l'autorità scolastica, mutando l'insegnamento della lingua straniera in una classe, coperta da un docente di una diversa lingua, aveva inciso sull'organico della scuola, con la conseguente necessità di assegnare il docente stesso ad altra scuola (Tar Basilicata, 21 giugno 1979, n. 68, in *Riv. giur. scuola*, 1982, 729).

ma anche veicolare all'estero la cultura della nazionalità degli atenei stessi. Per ciascuna di queste attività esiste una lingua che più di altre è funzionale all'obiettivo. E non è detto che si tratti della lingua inglese, la quale ad es. risulta un inadeguato veicolo di trasmissione per quelle discipline aventi ad oggetto esclusivamente o prevalentemente esperienze o conoscenze formatesi in una cultura nazionale diversa da quella anglosassone.

Qui il Tar menziona il caso delle materie giuridiche incentrate essenzialmente sul diritto nazionale (diverso da quello dei Paesi anglosassoni, s'intende).

Invece per altre discipline di natura e contenuto meno territoriale, ma più aperte alla comunicazione internazionale perché potenzialmente globali (come la medicina o l'economia), tali difficoltà non si riscontrano, e anzi l'inglese tende a imporsi come lingua universale. In questo modo però è probabile che si determini un distacco fra la lingua dell'uso comune e quella del sapere avanzato<sup>20</sup>.

Dunque il Tar pare ritenere che, pure quando per veicolare certi valori e conoscenze la lingua straniera sia più adatta di quella nazionale, non è detto che debba trattarsi proprio dell'inglese (e non di altre lingue)<sup>21</sup>.

Qui a ben vedere si dovrebbe capire quale sia la lingua straniera di volta in volta più idonea. Ma normalmente si tratterà proprio dell'inglese, che per la sua natura e la sua struttura, oltre che per l'egemonia globale anglo-americana, è di fatto quella più usata nella comunicazione «attraverso i confini e le culture»<sup>22</sup>. Ciò anche in ragione del suo carattere storicamente più a-territoriale rispetto alle altre lingue: l'inglese è stato ad es. la lingua dei liberatori dopo la seconda guerra mondiale<sup>23</sup>, e prima ancora una delle lingue più esportate nelle attività di colonizzazione<sup>24</sup>. E in effetti il criterio se-

<sup>20</sup> F. Sabatini, *L'italiano nella tempesta delle lingue*, in *Lingue e stile*, 2008, 3 ss.

<sup>21</sup> Per un approfondimento si v. L. Zhang, *La lingua italiana nell'università cinese*, cit.; G. Baldassarri, *Inglese? Sì, grazie, ma anche altre lingue di cultura (e l'italiano)*, cit.

<sup>22</sup> A. Etzioni, *Una lingua globale che genera un senso di comunità?*, in *Rass. it. sociol.*, 2008, 167; cfr. L.M. Reale, *L'italiano e gli italiani: lingua, comunicazione, identità*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2008, 273 ss.; T. Gregory, *Il mito dell'inglese*, cit.; E. Jamrozik, *L'inglese nell'insegnamento accademico in Polonia*, cit.; G. Booij, *English as the lingua franca of Europe: a Dutch perspective*, in *Lingua e stile*, 2001, 347 ss.

<sup>23</sup> G. Booij, *op. loc. cit.*

<sup>24</sup> Pur se questa esportazione non è stata uniforme, ma parcellizzata in una moltitudine di dialetti, tutti dell'area anglofona, si v. B. Pozzo, *La traduzione dall'inglese come lingua giuridica nel contesto del multilinguismo europeo: problemi e prospettive*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 657 ss.; cfr. A. Recupero, *Macaulay, l'“interpretazione ‘whig’ della storia” e l'istituzione della lingua e dell'istruzione inglese in India (1813-1835)*, in *Le Carte e la Storia*, 2003, 47 ss.

lettivo dovrebbe essere questo, e non quello meramente quantitativo (si pensi al livello di diffusione, come lingua madre, del cinese, che però non possiede la stessa attitudine comunicativa ultranazionale dell'inglese)<sup>25</sup>.

Queste osservazioni nascono da una delle poche perplessità che la decisione del Tar ingenera.

Ma prima di proseguire nelle riflessioni che essa suggerisce è utile una precisazione: almeno a una prima lettura non si rinvergono ulteriori ragioni per non condividerne nella sostanza gli esiti e i motivi. Sicché quanto in seguito si dirà non evidenzierà verosimilmente nessun profilo di rilevante antitesi, ma vorrà semplicemente aggiungere un'altra voce, o un altro punto di vista, al dibattito in corso, integrandolo e alimentandolo.

### **3. Il parametro degli obiettivi di internazionalizzazione degli atenei**

Si è già detto che la recente spinta al rafforzamento della internazionalizzazione degli atenei è riconducibile principalmente alle previsioni della legge Gelmini (l. n. 240/2010). Qui in effetti si precisa che uno strumento per raggiungere questo obiettivo può essere «l'attivazione [...] di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera», «nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente» (art. 2, c. 2, lett. l)).

Ma sono anche altre le misure per l'internazionalizzazione individuate dall'art. 2, c. 2, lett. l), della l. n. 240/2010: e, si badi bene, ciascuna di esse, in ossequio al principio dell'autonomia universitaria<sup>26</sup>, deve ritenersi semplicemente suggerita<sup>27</sup>.

Né, per le stesse ragioni, pare potersi sostenere che l'elenco di strumenti contenuto all'art. 2, così come ogni altro elenco della legge Gelmini sullo stesso oggetto, sia esaustivo.

All'art. 2 si menzionano, oltre alla attivazione di corsi in lingua stra-

<sup>25</sup> A. Etzioni, *Una lingua globale che genera un senso di comunità?*, cit., 167 ss.

<sup>26</sup> Le università sono infatti titolari di autonomia statutaria e organizzativa, da esercitarsi nel rispetto delle leggi della Repubblica (art. 33, c. 5, Cost.).

<sup>27</sup> 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), 28 febbraio 2013; ID., *Basic English for all? No grazie! Come e perché il TAR Lombardia ha bloccato la fuga in avanti del Politecnico di Milano*, *ivi*, 3 giugno 2013.

## **internazionalizzazione degli atenei e didattica universitaria**

niera, «una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca». Queste ulteriori azioni non sono però espressamente subordinate al limite delle risorse disponibili, come invece avviene per l'attivazione di corsi di studio o di insegnamenti in lingua straniera.

All'obiettivo dell'internazionalizzazione sono inoltre correlate misure quali:

a) la partecipazione a progetti di ricerca internazionali (art. 5, c. 5; art. 13, c. 1);

b) l'attribuzione di incarichi di insegnamento a docenti, studiosi o professionisti stranieri di chiara fama, nei limiti delle disponibilità di bilancio dell'ateneo (art. 23, c. 3);

c) 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 (art. 26, c. 1).

In nessun caso tuttavia le azioni suggerite si riferiscono a un uso della lingua straniera che possa penalizzare quella nazionale, né tantomeno consentono o incentivano il suo impiego secondo una logica indifferenziata e avulsa dalla considerazione analitica (vale a dire caso per caso) dei limiti e dei vantaggi che vi si correlano, oppure avulsa dalla valutazione della sua congruità rispetto allo scopo.

L'internazionalizzazione ha però diverse dimensioni, strettamente connesse l'una all'altra e ulteriormente declinate al loro interno.

Una prima dimensione è soggettiva, riguardando i soggetti tenuti a internazionalizzarsi.

Essi sono: a) gli atenei; b) i loro docenti.

All'internazionalizzazione degli atenei si può provvedere, come si è visto, con l'attivazione di corsi in lingua straniera, con l'attribuzione di incarichi di insegnamento a docenti (o lettori, studiosi, professionisti) stranieri, ma anche con l'incremento della mobilità internazionale degli studenti e con la cooperazione internazionale.

All'internazionalizzazione dei docenti si può invece provvedere con molte altre attività, cui si fa riferimento soprattutto nelle norme di disciplina delle procedure di abilitazione per l'accesso a posti di Professore di prima o seconda fascia.

Così è a dirsi per:

a) la partecipazione a progetti di ricerca e/o convegni internazionali (art. 5, c. 4, lett. b), d.m. 7 giugno 2012, n. 76);

b) la pubblicazione di lavori in riviste e collane internazionali, non necessariamente in lingua inglese (art. 5, c. 2, lett. *d*), d.m. n. 76/2012)<sup>28</sup>;

c) «lo svolgimento di soggiorni di studio e di insegnamento, di adeguata durata, presso università ed enti di ricerca di altri Paesi»<sup>29</sup>;

d) la «attribuzione di incarichi di insegnamento o ricerca (fellowship) ufficiale presso atenei e istituti di ricerca, esteri e internazionali, di alta qualificazione» (art. 5, c. 4, lett. *d*), d.m. n. 76/2012);

e) la «partecipazione a enti o istituti di ricerca, esteri e internazionali, di alta qualificazione» (art. 5, c. 4, lett. *e*), d.m. n. 76/2012);

f) la «direzione di enti o istituti di ricerca di alta qualificazione internazionale» (art. 4, c. 3, lett. *f*), d.m. n. 76/2012).

È peraltro evidente che l'internazionalizzazione degli uni (gli atenei) e quella degli altri (i docenti) sono reciprocamente funzionali.

La seconda dimensione della internazionalizzazione è oggettiva, riguardando le attività da internazionalizzare.

Le azioni che vi si possono ricondurre sono sostanzialmente le stesse sin qui individuate. Tuttavia in questo caso le si potrà classificare in base alla natura dell'attività cui prevalentemente accedono: valutando cioè se si tratti della didattica o della ricerca.

Ad esempio l'organizzazione di corsi di studio impartiti in lingua straniera riguarda principalmente il profilo della didattica. Mentre la pubblicazione su riviste o collane internazionali riguarda in misura maggiore il profilo della ricerca. Anche qui il rapporto fra l'internazionalizzazione dei due elementi è comunque di reciproca funzionalità: perché, se è vero che l'attività di ricerca distingue le università da tutte le strutture del sistema nazionale di istruzione di livello sub-universitario (non incaricate di alcuna attività di ricerca, ma solo dell'attività di insegnamento), è anche vero che la ricerca universitaria deve ritenersi funzionale anche alla divulgazione e alla trasmissione dei suoi risultati agli studenti.

Le due dimensioni cui si è fatto riferimento (soggettiva e oggettiva), e le loro ulteriori articolazioni (atenei e docenti, didattica e ricerca) rafforzano, se possibile, le conclusioni del Tar sulla internazionalizzazione anche come attività di trasmissione all'estero dei valori di un certo ordinamento, nonché di importazione dall'estero dei valori di altri ordina-

<sup>28</sup> Per un approfondimento si v. M. Pfister e W. Schweickard, *Insegnamento (e scritti scientifici) in inglese o in italiano?*, cit.

<sup>29</sup> M. Cammelli, S. Cassese, G. Pastori, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca e D. Sorace, *Pensieri sotto l'albero – Professori universitari: a proposito delle imminenti procedure abilitative*, in *Aedon*, 2012, n. 3.



menti<sup>30</sup>, ma con strumenti idonei alla esatta veicolazione di tali valori, e non con qualsiasi mezzo. Su questo profilo, e sul connesso profilo della individuazione degli strumenti più idonei, si tornerà in seguito.

#### **4. La prospettiva della tutela dell'identità nazionale**

L'obiettivo dell'internazionalizzazione esprime una idea che per sua natura pare antitetica rispetto al binomio *lingua-nazione* e alla conseguente corrispondenza fra *lingua* e *identità nazionale*.

A sua volta questa corrispondenza non è esclusiva: ad es. perché la lingua è solo uno degli elementi che costituiscono l'identità nazionale (assieme alla condivisione di una certa base culturale, di certe tradizioni, e così via)<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Più precisamente il Tar ha proposto una lettura sistematica dell'art. 2, c. 2, lett. l), della l. n. 240/2010 e dell'art. 271 del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore (adottato con r.d. 31 agosto 1933, n. 1592), nel più ampio quadro dell'ordinamento costituzionale vigente. In questo modo, esercitando una attività interpretativa funzionale alla risoluzione del caso sottoposto al suo giudizio, e pertanto tipica della funzione giurisdizionale (oltre che coesenziale ad essa), è giunto a ritenere, come si è in parte già visto: a) che tra le azioni per favorire l'internazionalizzazione degli atenei «è compresa anche la possibilità di attivare [...] insegnamenti [...] svolti in lingua straniera»; b) che «l'utilizzo di simili strumenti non implica [...] l'uso della lingua italiana» in «un ruolo di secondo piano», «perché si tratta di un risultato non previsto dalla norma, né indispensabile per realizzare gli obiettivi che essa pone»; c) che «al contrario, fermo restando il primato della lingua italiana, costituzionalmente imposto, si tratta di valorizzare nell'ottica dell'internazionalizzazione anche l'uso di lingue straniere, da affiancare alla lingua italiana, in modo da ampliare l'offerta formativa»; d) che «spetta all'Università selezionare gli insegnamenti che si prestano a tale processo, per la materia trattata, [...] o in considerazione delle origini e dello sviluppo scientifico di una certa disciplina in una particolare lingua straniera»; e) che a tanto si potrà provvedere «nei limiti in cui sia necessario per favorire il processo di internazionalizzazione»; f) che «la norma non limita all'uso di una lingua straniera il processo di apertura verso l'estero, ma contempla misure ulteriori, come la mobilità di docenti e di studenti, finalizzata a portare in Italia le conoscenze di docenti stranieri e all'estero quelle di docenti italiani e tale da consentire agli studenti italiani di svolgere all'estero una parte del proprio percorso formativo». La parte più creativa (ossia meno fedele al testo delle disposizioni esaminate) della lettura del concetto di internazionalizzazione proposta dal Tar pare quella sulla individuazione dei fini cui tenderebbe la mobilità dei docenti e degli studenti. Questi vengono riferiti allo scambio di conoscenze fra docenti italiani e stranieri e all'integrazione del percorso formativo degli studenti italiani con esperienze all'estero. L'interpretazione suggerita può essere più o meno condivisa: ciò assume però un rilievo marginale nell'economia complessiva della vicenda risolta dal Tar, in quanto l'annullamento dei provvedimenti impugnati prescinde dalle finalità attribuite alla mobilità dei docenti e degli studenti.

<sup>31</sup> L.M. Reale, *L'italiano e gli italiani: lingua, comunicazione, identità*, in *Nuova informazione*

E per la verità da qualche parte si è ritenuto che si tratterebbe di binomio e di corrispondenza senza dubbio prevalenti, ma non sempre riscontrabili, come per il «caso del francese di [...] Svizzera e Vallonia o del tedesco di [...] Svizzera e Austria»<sup>32</sup>.

Senonchè, a ben vedere, proprio la forza e la tenuta dei predetti binomio e corrispondenza giustificherebbero, in ciascun ordinamento (si pensi a quello italiano), la tutela delle minoranze linguistiche, quali espressione di tradizioni, cultura e, dunque, di nazionalità diversa da quella dominante nello Stato.

Quindi non vi sarebbe coincidenza fra la nazionalità minoritaria e lo Stato che la ospita<sup>33</sup> (così è a dirsi ad es. per la minoranza di lingua tedesca in Trentino Alto Adige, slovena in Friuli Venezia Giulia, francese in Valle d'Aosta, e così via).

Sono stati compiuti interessanti studi sull'inquadramento della identità linguistica (quale componente essenziale della identità nazionale) come bene culturale della nazione cui si riferisce<sup>34</sup>, senza alcuna deriva fondamentalista o xenofoba.

L'equazione fra *Stato*, *nazione* e *lingua* ha del resto origini lontane nella storia, e risale alla nascita degli Stati nazionali. Si tratta però di una equazione cui occorre aggiungere un ulteriore elemento, importante quanto ciascuno degli altri: il *diritto*, l'*ordinamento giuridico* di quello Stato<sup>35</sup>.

Non si può però negare che nel tempo ciascuno dei fattori di questa formula, in misura variabile, abbia perso o visto modificare il suo ruolo all'interno di quella equazione: oggi soprattutto per effetto della incipiente globalizzazione, e per effetto dei moti di integrazione (istituzionalizzante e non) fra ordinamenti, oltre che per effetto della rivoluzione tecnologica. L'identità nazionale e culturale, in un contesto così mutevole, va dunque ricercata e tutelata in una dimensione dinamica, non statica<sup>36</sup>.

*bibliografica*, 2008, 284 ss.; cfr. E. Di Ciommo, *L'identità italiana – Linguaggi e cultura di una nazione*, in *Contemporanea*, 2000, 417 ss.

<sup>32</sup> M. Lo Prejato, *La lingua italiana tra identità nazionale e migrazioni*, cit., 411.

<sup>33</sup> Cfr. A. Pizzorusso, *Legislazioni europee sulle lingue minoritarie*, in *Lingua e stile*, 2001, 211 ss.

<sup>34</sup> A. Pizzorusso, *Libertà di lingua e diritti linguistici: una rassegna comparata*, in *Le Regioni*, 1987, 1344 ss.; ID. *Legislazioni europee sulle lingue minoritarie*, in *Lingua e stile*, 2001, 211 ss.

<sup>35</sup> P. Carrozza, *Lingua, politica, diritti: una rassegna storico-comparatistica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 1465 ss. Cfr. E. Palici di Suni, *La lingua tra globalizzazione, identità nazionale e identità minoritarie*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 101 ss.; P. Grossi, *Qualche conclusione da una premessa indiscutibile: il valore identitario di una lingua per il singolo e per la collettività*, cit.

<sup>36</sup> Per un approfondimento su questa riflessione si v. G. Amato, A. Graziosi, *Grandi illusioni*, Bologna, Il Mulino, 2013.

In generale e in via di estrema semplificazione si può affermare che, in conseguenza della globalizzazione economica, la quale trascina con sé anche quella giuridica, gli ordinamenti tendano a una progressiva convergenza: poiché occorre individuare regole comuni per disciplinare fenomeni comuni<sup>37</sup>. A loro volta gli ordinamenti, nazionali e non (federali e sovranazionali)<sup>38</sup>, spesso entrano in competizione e quindi sono incentivati a riformarsi per incrementare i propri livelli di efficienza<sup>39</sup>. L'intensità dei moti di avvicinamento è più importante in alcuni contesti, come quello europeo: qui infatti l'integrazione verticale dovuta all'appartenenza di molti degli Stati all'Unione europea (UE) si aggiunge a quella orizzontale fra i vari Stati<sup>40</sup>, e ne amplifica l'importanza. Ulteriore elemento di amplificazione si rinviene nella progressiva crescita degli ambiti di intervento dell'UE, e nella graduale trasformazione dell'ordinamento comunitario da ordinamento a fini particolari a ordinamento a fini generali<sup>41</sup>.

Questi eventi hanno inciso soprattutto sulla lingua e sul diritto, spingendo verso una loro declinazione al plurale. Ma hanno inciso evidentemente, attraverso i diversi fenomeni della "pluralizzazione" e della globalizzazione del diritto, anche sulla sovranità nazionale, che spesso gli Stati hanno ceduto ai livelli di governo più accentrati, e in settori sempre più numerosi.

Accade inoltre che la globalizzazione economica spinga verso forme di multiculturalismo asimmetriche, non paritarie, ma sbilanciate ad es. verso la lingua che più delle altre si presti ad assecondare, pur con tutti i limiti del caso, la veicolazione ultranazionale delle informazioni e delle conoscenze. Tendenzialmente simmetriche e paritarie sono invece le forme di multicult-

<sup>37</sup> Per un approfondimento sui moti di sviluppo del «diritto amministrativo globale» si v. S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331 ss.; ID., *Richard B. Stewart e la scienza americana del diritto amministrativo*, *ivi*, 617 ss.; ID., *Gamberetti, tartarughe e procedure: standards globali per diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 657 ss.; ID., *Lo spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 323 ss.; A. Masera, *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1 ss.

<sup>38</sup> G. Napolitano, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, Milano, Giuffrè, 2004, 3 ss.

<sup>39</sup> Si v. M. Fehling, *Comparative administrative law and administrative procedure*, in *Ius Publicum Network Review*, [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), 2011.

<sup>40</sup> Si v. G. Della Cananea, *Per uno studio comparato della disciplina dei procedimenti amministrativi*, in *Aa.Vv., L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 323 ss. Cfr. M.P. Chiti, *Le mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Spisa, 2003.

<sup>41</sup> Uno degli esempi più significativi di questa trasformazione è la progressiva e costante crescita, soprattutto dal Trattato di Maastricht ad oggi, della c.d. "Europa sociale".

turalismo che trovano tutela nelle Costituzioni nazionali, come avviene per le minoranze linguistiche storiche o per le minoranze religiose<sup>42</sup>.

## 5. I limiti della libertà di insegnamento, del diritto allo studio, del principio di proporzionalità

Si è dunque visto che, sebbene con i limiti connessi ai fenomeni di globalizzazione in atto, sono elementi costitutivi dell'identità di una nazione anche i principi su cui si fonda il suo ordinamento giuridico. In primo luogo quelli costituzionali, verrebbe da dire.

Si è anche visto che il Tar ha annullato le delibere del Politecnico, fra l'altro, per la lesione della libertà di insegnamento dei docenti. Le scelte dell'Ateneo milanese sono state però contestate, nel corso del dibattito che ne è seguito, pure per la lesione del principio di uguaglianza e del diritto allo studio<sup>43</sup>.

Si tratta di principi, diritti e libertà che hanno tutti il proprio fondamento in Costituzione (artt. 3, 33 e 34): perché «l'istruzione è un servizio pubblico sociale a fruizione individuale», ed è lo strumento per realizzare il diritto allo studio<sup>44</sup>; e perché l'art. 34 Cost. attribuisce ai pubblici poteri il compito di garantire questo diritto, universalmente per i gradi di istruzione inferiore, e in base a criteri meritocratici per i gradi di istruzione superiore<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Per un approfondimento in una prospettiva comparata si v. ad es. U. Quercia, *La tutela giuridica delle minoranze etniche, linguistiche e nazionali in Germania*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 195 ss.; L. Domenichelli, *Le garanzie costituzionali per i gruppi linguistici: Canada e Belgio a confronto*, in *Idf*, 1998, 1129 ss.

<sup>43</sup> 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), 28 febbraio 2013; ID., *Basic English for all? No grazie! Come e perché il TAR Lombardia ha bloccato la fuga in avanti del Politecnico di Milano*, *ivi*, 3 giugno 2013.

<sup>44</sup> D.U. Galetta, *Autonomia universitaria e processi di internazionalizzazione degli Atenei*, *cit.*; ID., *Basic English for all?*, *cit.*

<sup>45</sup> Per un approfondimento sul sistema nazionale di istruzione, anche in una prospettiva europea, si v. A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, Il Mulino, 2003; M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2006; ID., *Le Regioni nell'istruzione dopo il nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2007, 725 ss.; ID., *Il diritto allo studio universitario fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 18 ss.; C. Marzuoli, *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 117 ss.; ID., *L'istruzione e il Titolo V: alcuni pericoli da evitare*, in *Le Regioni*, 2006, 165 ss.; ID., *Le università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 287 ss.; S. Nicodemo, *L'istruzione tra "principi*

I pubblici poteri devono pertanto farsi carico di rimuovere gli ostacoli

fondamentali” e “norme generali”, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 128 ss.; A. Poggi, *Principi fondamentali e norme generali in materia di istruzione in due sentenze della Corte. Un'occasione mancata per chiarire i confini delle sfere di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2005, 946 ss.; ID., *La legislazione regionale sull'istruzione dopo la revisione del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2005, 927 ss.; A. Mari, *Il sistema universitario italiano: bilanci e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 673 ss.; ID., *La riforma degli ordinamenti didattici universitari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 821 ss.; G. Vesperini, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 197 ss.; M. Pacini, *Discriminazioni nell'accesso alla scuola*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 993 ss.; A. Sandulli, *Per l'Università della concorrenza e del merito*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 224 ss.; M. Renna, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, in *Dir. amm.*, 2002, 647 ss.; G. Milo, *Diritto all'istruzione universitaria e limitazione degli accessi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 181 ss.; P. Milazzo, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e “raffina” il principio di continuità*, in *Le Regioni*, 2004, 963 ss.; A. Pajno, A. Corpaci e C. Marzuoli, *Titolo IV – Servizi alla persona e alla comunità – Capo III – Istruzione scolastica*, in *Le Regioni*, 1998, 903 ss.; A. Corpaci, *Le prospettive della legislazione regionale in materia di istruzione*, in *Le Regioni*, 2007, 27 ss.; E. Somaini, *Principi ugualitari nel campo dell'istruzione*, in *Il Mulino*, 1999, 509 ss.; ID., *Il calcolo dell'istruzione: economia, equità, garanzie*, in *Il Mulino*, 1999, 511 ss.; H. Hansmann, *Proprietà e concorrenza nell'istruzione universitaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, 475 ss.; G. Parravicini, *Riflessioni sull'istruzione*, in *Economia politica*, 2000, 171 ss.; F. Donati, *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *Le Regioni*, 1999, 537 ss.; M. Gigante, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, in *Pol. dir.*, 1999, 423 ss.; ID., *Il servizio nazionale di valutazione del sistema educativo di istruzione e formazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1101 ss.; F. Marsilio e E. Midena, *La scuola: cambia?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1057 ss.; L. Castelli, *Istruzione e regioni: la legislazione regionale dopo il Titolo V*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 839 ss.; A. Pajno, *Costruzione del sistema di istruzione e «primato» delle funzioni amministrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 529 ss.; E. Midena, *Le norme sull'istruzione dal 1997 al 2002*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 745 ss.; G. Della Cananea, *Università e professioni fra pseudoriforme e riforme a metà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 102 ss.; S. Cassese, *L'autonomia e il testo unico sulle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 515 ss.; A. Mari, *Le università tra numero chiuso e sovraffollamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 781 ss. R. Basile, *La legge 2 agosto 1999, n. 264, sugli accessi all'università: ovvero un tentativo di bilanciare il diritto allo studio e le esigenze del servizio pubblico dell'istruzione*, in *Pol. dir.*, 2000, 345 ss.; L. Carbone, *Pubblica istruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 845 ss.; R. Finocchi, *Gli statuti delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1011 ss.; A. Poggi, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Le Regioni*, 2002, 771 ss.; A. Monti, *Il nuovo modello di istruzione universitaria in Italia. Le implicazioni sui processi economici e sociali*, in *L'industria*, 2003, 769 ss.; G. Meloni, *Il diritto-dovere all'istruzione e alla formazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 378; M. Raitano, *La riproduzione intergenerazionale delle disuguaglianze in Italia: istruzione, occupazione e retribuzioni*, in *Pol. econ.*, 2011, 345 ss.; C. Focarelli, *La mercificazione dell'istruzione universitaria nel sistema economico mondiale*, in *Ragion pratica*, 2011, 213 ss.; M. Troisi, *La Corte tra “norme generali sull'istruzione” e “principi fondamentali”. Ancora alla ricerca di un difficile equilibrio tra (indispensabili) esigenze di uniformità e (legittime) aspirazioni regionali*, in *Le Regioni*, 2010, 531 ss.; F. Cortese, *L'istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte costituzionale tra con-*

che impediscano agli studenti «capaci e meritevoli», ma privi di mezzi, il raggiungimento dei gradi più alti degli studi. Ciò si desume evidentemente dalla lettura congiunta degli artt. 34 e 3, c. 2, Cost., i quali fondano, rispettivamente, il diritto allo studio e il principio di uguaglianza sostanziale.

Non pare tuttavia possibile introdurre requisiti aggiuntivi rispetto a quelli della capacità e della meritevolezza, come ad esempio richiedere una conoscenza della lingua straniera tale da consentire l'iscrizione a corsi impartiti in una lingua diversa da quella madre<sup>46</sup>.

Questa considerazione presuppone però che il livello di conoscenza della lingua straniera non si ritenga un requisito di capacità e/o di meritevolezza.

Il diritto allo studio di quanti siano capaci e meritevoli, ma privi di mezzi, sarebbe dunque compreso da provvedimenti del tipo di quelli adottati dall'Ateneo milanese, per distonia quanto meno rispetto agli artt. 34 e 3, c. 2, Cost.

Gli studenti non capaci né meritevoli, che però posseggano mezzi individuali idonei, potrebbero infatti farsi carico personalmente, a differenza degli altri, del raggiungimento di tali livelli, colmando anche l'inadeguatezza della preparazione dal punto di vista linguistico. In questa prospettiva una offerta didattica universitaria erogata esclusivamente in lingua straniera potrebbe dunque accrescere il grado di disuguaglianza fra quanti siano in possesso di adeguati mezzi e quanti invece ne siano privi<sup>47</sup>.

*traddizioni formali e conferme sostanziali*, in *Le Regioni*, 2010, 511 ss.; P. Caretti, *I possibili effetti paradossali dell'attuazione del federalismo fiscale in relazione al mancato trasferimento delle funzioni alle Regioni: il caso emblematico dell'istruzione scolastica*, in *Le Regioni*, 2010, 459 ss.; M. Triventi, *Le dinamiche delle disuguaglianze di istruzione. Origini sociali e conseguimento dei titoli di studio in 16 paesi europei, 1920-1975*, in *Polis*, 2010, 287 ss.; C. Barone, R. Luijkx e A. Schizzerotto, *Elogio dei grandi numeri: il lento declino delle disuguaglianze nelle opportunità di istruzione in Italia*, in *Polis*, 2010, 5 ss.; L. Grazzini, *Istruzione, crescita e democrazia: le teorie delle complesse relazioni*, in *Pol. econ.*, 2009, 233 ss.; G. Gasperoni, A. Cobalti, *Globalizzazione e istruzione*, 2006, in *Rass. it. sociol.*, 2009, 559 ss.; M. Vaira, *La valutazione della qualità dell'istruzione superiore in Europa: istituzionalizzazione, pratiche e conflitti*, in *Rass. it. sociol.*, 2008, 215 ss.; J. Goldthorpe e M. Jackson, *La meritocrazia dell'istruzione e i suoi ostacoli*, in *Stato e mercato*, 2008, 31 ss.; G. Asquini, *Che cosa ci dicono le indagini internazionali sull'istruzione*, in *Economia & lavoro*, 2007, 57 ss.; D. Checchi, C. Fiorio e M. Leonardi, *L'istruzione in Italia negli ultimi sessanta anni. Luci e ombre*, in *Equilibri*, 2007, 175 ss.; G. Ballarino, A. Cobalti, *Globalizzazione e istruzione*, in *Polis*, 2007, 327 ss.; G. Ballarino e H.M.A. Schadee, *Espansione dell'istruzione e disuguaglianza delle opportunità educative nell'Italia contemporanea*, in *Polis*, 2006, 207 ss.

<sup>46</sup> Per un approfondimento su queste riflessioni si v. D.U. Galetta, *Autonomia universitaria e processi di internazionalizzazione degli Atenei*, cit.

<sup>47</sup> In questo senso ancora D.U. Galetta, *op. loc. cit.*; cfr. D. Sorace, *L'inglese e il diritto*; il

## internazionalizzazione degli atenei e didattica universitaria

O in alternativa si dovrebbe ritenere che per questi ultimi, se capaci e meritevoli, i pubblici poteri debbano farsi carico, in applicazione dell'art. 3, c. 2, Cost., di tutto quanto necessario a consentire loro il raggiungimento dei livelli più alti anche dell'istruzione erogata in una lingua diversa da quella nazionale, colmando preventivamente l'eventuale *deficit* (strumentale/linguistico) di preparazione. Questa opzione pare idonea a ricucire lo iato fra le scelte del Politecnico e le norme costituzionali cui sin qui si è fatto riferimento. Così si consentirebbe, inoltre, di adattare l'offerta formativa anche alle esigenze degli studenti che vorrebbero essere competitivi sul mercato straniero: ma, lo si ripete, un esito di questo tipo dovrebbe derivare da una diversa organizzazione, *ex ante*, dell'intero sistema nazionale di istruzione, in punto di maggiore apertura alla conoscenza delle lingue (e delle culture) straniere. Rischierebbe invece di produrre iniquità se lo si prevedesse come percorso privo di alternative, e solo *ex post*, all'approssimarsi del raggiungimento del grado più alto degli studi.

Ma comunque, in ragione di quanto si è già accennato (e su cui in parte si tornerà anche in seguito), la prospettiva da ultimo descritta, che si connota in termini essenzialmente strutturali, non può escludere quella della valutazione dei contenuti: nel senso che la decisione di usare una certa lingua per veicolare determinati saperi richiede un preliminare vaglio della congruità delle conoscenze da diffondere rispetto allo strumento da utilizzare per la loro trasmissione.

Nel dibattito seguito alle scelte compiute dal Politecnico è emerso però che esse avrebbero violato, fra i principi e i diritti costituzionali, anche il buon andamento amministrativo (art. 97 Cost.) e il principio di proporzionalità, oltre che, come si è detto, la libertà di insegnamento dell'arte e della scienza (artt. 33 e 34). Questi profili meritano ulteriori approfondimenti.

Il buon andamento amministrativo e il principio di proporzionalità risulterebbero lesi per l'assenza di congruità fra l'obiettivo della internazionalizzazione degli atenei e la conversione in lingua inglese dell'intera offerta didattica magistrale e dottorale, soprattutto se vi si accompagna la soppressione dell'offerta in lingua italiana sugli stessi oggetti.

Ciò è tanto più condivisibile ove si consideri che la legge Gelmini si limita a suggerire alcune azioni funzionali alla internazionalizzazione, come si è visto: accanto alla didattica in lingua straniera ne prevede infatti molte altre, ugualmente utili allo scopo, ma senz'altro meno invasive della orga-

*diritto all'italiano*, cit.; P. Caretti, *L'inglese esclusivo all'università: un caso di discriminazione al contrario*, cit.

nizzazione universitaria nel suo complesso. Molto impattante sarebbe ad esempio l'esigenza degli atenei di farsi carico – in ragione della conversione della didattica in una lingua diversa da quella nazionale – delle risorse necessarie a incaricare docenti stranieri oppure ad adeguare la conoscenza dell'inglese di quelli italiani<sup>48</sup>.

La libertà di insegnamento costituzionalmente garantita appare invece lesa perché: a) non si può comprimere facoltà dei docenti di autodeterminare le caratteristiche della propria attività didattica; b) non si può precludere loro la scelta della lingua madre come lingua dell'insegnamento, soprattutto se essa è espressione della stessa nazionalità dell'ateneo in cui sono incardinati.

Ma la didattica universitaria va anche coniugata con l'interesse pubblico che l'attività amministrativa deve perseguire<sup>49</sup>.

E qui può rilevare la distinzione fra: a) l'*istruzione*, intesa come servizio pubblico (nella accezione ricavabile dalla lettura congiunta degli artt. 3, 33 e 34 Cost.), e dunque nel suo complesso sottesa ai relativi obblighi, soprattutto di natura organizzativa<sup>50</sup>; b) l'*insegnamento*, il quale rappresenta invece quella parte dell'istruzione che è «attributo proprio e inalienabile del docente», necessario a realizzare l'obiettivo posto dall'art. 9 Cost. (la promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica)<sup>51</sup> e il principio pluralistico affermato dall'art. 2.

In questo senso la prima soggiace a limiti che dovrebbero invece rimanere sconosciuti alla seconda.

Vi è poi un altro elemento da considerare. La didattica non è mero trasferimento di un sapere predefinito. È invece, per il docente, il momento della «migliore esplicazione di se stesso e quindi di approfondito riesame delle conoscenze possedute, un'attività che esige spesso il ricorso improvviso alle risorse più fresche e creative del linguaggio, quelle alimentate soprattutto dalla pratica di una lingua liberamente usata in ogni circostanza

<sup>48</sup> Anche su queste considerazioni si v. ancora D.U. Galetta, *op. loc. cit.*; cfr. P. Bellini, *Libertà della scienza come premessa della libertà di insegnamento*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2009.

<sup>49</sup> C. Decaro, *L'Università italiana fra Costituzione "culturale" e Spazio europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 691.

<sup>50</sup> E in questa prospettiva può rilevare la dimensione dell'interesse pubblico che gli atenei debbono perseguire, la quale a sua volta può differenziarsi in ragione di certi insuperabili profili che li distinguono gli uni dagli altri, e che assumono valore nella ulteriore prospettiva della autonomia universitaria. Ad es. il Politecnico di Milano si caratterizza per il fatto di contare cinquemila studenti stranieri su un totale di ventimila iscritti e di prevedere una offerta formativa suddivisa in sole tre macro-aree di insegnamento, tutte prevalentemente riconducibili alle scienze esatte (ingegneria, architettura, design).



della vita»<sup>52</sup>. E questa capacità, evidentemente, può essere garantita solo se si fa uso della lingua madre, o di altra lingua conosciuta (assieme al substrato storico e culturale di cui è espressione) almeno allo stesso modo. Poiché, diversamente, risulterebbe penalizzata la qualità dell'insegnamento inteso nel senso appena chiarito, che è il più profondo e autentico. Se questi obiettivi vengono sacrificati sull'altare della presunta internazionalizzazione, si può perdere di vista non solo il ruolo della didattica applicata a discipline diverse da quelle linguistiche<sup>53</sup>, ma anche il reale significato della internazionalizzazione. Internazionalizzare non può infatti voler dire imporre l'uso di una lingua universale per la trasmissione dei saperi. In nome dell'internazionalizzazione si dovrebbe invece garantire che essi circolino con mezzi idonei, senza perdere nulla di sé per il solo fatto di essere veicolati in modo anche solo parzialmente inadeguato.

## **6. La lingua come mezzo, non come fine: la scelta della lingua dell'insegnamento non riguarda l'insegnamento della lingua**

L'obiettivo del rafforzamento della internazionalizzazione degli atenei si correla, a ben vedere, anche alla prospettiva più ampia (per volgere lo sguardo almeno al panorama europeo) del rapporto fra uniformità e diversità, mercato comune e pluralismo linguistico all'interno dell'Unione europea<sup>54</sup>.

Qui peraltro la peculiarità è rappresentata dal necessario «plurilinguismo normativo» (a sua volta riflesso del pluralismo linguistico<sup>55</sup>), evidente-

<sup>51</sup> C. Decaro, *op. cit.*, 694.

<sup>52</sup> F. Sabatini, *L'italiano nella tempesta delle lingue*, in *Lingue e stile*, 2008, 17.

<sup>53</sup> Per un approfondimento si v. F. Sabatini, *Forti dubbi sull'efficacia didattica, timori per gli effetti sociali*, cit.

<sup>54</sup> Per un approfondimento su questi temi, che qui non saranno affrontati, ma solo incidentalmente richiamati, si v. R.L. Creech, *Law and Language in the European Union: The Paradox of a Babel 'United in Diversity'*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005; Id., *While the Advocate-General Finds Eurojust's Language Rules for Job Applicants Partly Contrary to Union Law, the Court Dismisses Case for Lack of Standing*, in *2 European Constitutional Law Review* (2006), 147 ss.; P. Pallaro, *La diversità delle lingue in Europa e l'integrazione comunitaria*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2002, 7 ss.; D. Del Ben, *Circolazione degli studenti e sussidi all'istruzione: verso un allargamento dello spazio europeo dell'educazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 476 ss.; R. De Antoniis, *Studiare in Europa*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1994, 821 ss. Cfr. A. Von Bogdandy, *National legal scholarship in the European legal area – A manifesto*, in *10 International Journal of Constitutional Law* (2012), 614 ss.

<sup>55</sup> Il pluralismo linguistico è oggi espressamente tutelato, nel diritto comunitario primario, dall'art. 3, c. 3, del Trattato UE.

mente determinato e richiesto proprio dalla genesi storica dell'Unione. Si tratta di fenomeni causati in primo luogo dall'assenza di una lingua ufficiale, e che a loro volta richiedono la contestualità (con esclusione della normale succedaneità) fra *drafting* normativo e traduzione. Ne consegue una tendenza alla conoscenza reciproca degli ordinamenti, già nel momento della produzione normativa<sup>56</sup>.

Anche se poi nella prassi la tutela del multilinguismo dell'Unione risulta ridimensionata dalla riduzione delle «lingue di lavoro» (compreso l'uso nei bandi per le selezioni pubbliche e nelle successive prove di concorso<sup>57</sup>) all'inglese, al francese e al tedesco. E risulta ancor più ridimensionata dal ruolo dominante che fra tali lingue svolge l'inglese (pur se forse si tratta della lingua meno adatta a esprimere concetti propri di sistemi di *civil law*<sup>58</sup>), mentre le altre due paiono mantenere un certo livello di considerazione solo per tenere lontana l'idea della prima come lingua ufficiale dell'Unione<sup>59</sup>. Ciò dovrebbe ritenersi «politicamente inaccettabile» nella misura in cui finisce per determinare una sorta di «gerarchia tra le lingue e tra gli Stati» dell'UE<sup>60</sup>. E avrebbe infatti già avuto ricadute significative sui programmi scolastici dei Paesi coinvolti (essenzialmente in punto di individuazione delle lingue da insegnare come seconda e terza rispetto a quella madre), e ancora potrebbe averne in futuro, in modo esponenzialmente maggiore<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Per un approfondimento si v. P. Rossi, *Il diritto plurilingue europeo nella prospettiva del legislatore comunitario e dell'interprete nazionale*, in *Pol. dir.*, 2007, 139 ss.; cfr. L. Ieva, *La lingua nel diritto U.E. tra ambiguità lessicale e necessità di uniformità (in latino)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 483 ss.

<sup>57</sup> Questa prassi è stata peraltro contestata dallo Stato italiano dinanzi alla Corte di Giustizia, la quale ha condiviso le censure addotte rilevando che la pubblicazione dei bandi dell'UE solo in alcune delle lingue comunitarie integra una discriminazione fondata sulla lingua, mentre le limitazioni relative alla scelta della seconda lingua per la partecipazione ai concorsi possono essere considerate legittime solo in presenza di giustificazioni oggettive (C. giust. UE, 27 novembre 2012, causa C-566/2010).

<sup>58</sup> Proprio per questo motivo il *drafting* normativo dell'UE sta progressivamente producendo una sorta di inglese giuridico «neutro», differente da quello sviluppatosi negli ordinamenti di *common law*, cfr. B. Pozzo, *La traduzione dall'inglese come lingua giuridica nel contesto del multilinguismo europeo: problemi e prospettive*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 660 ss.

<sup>59</sup> F. Sabatini, *L'italiano nella tempesta delle lingue*, in *Lingue e stile*, 2008, 3 ss.

<sup>60</sup> E. Palici di Suni, *La lingua tra globalizzazione, identità nazionale e identità minoritarie*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 108, ed *ivi* ampi riferimenti anche ai regolamenti di procedura di alcuni degli organi e degli uffici dell'UE sulle lingue di lavoro, nonché in generale alle norme del diritto primario e derivato sulla tutela del multilinguismo.

<sup>61</sup> F. Sabatini, *L'italiano nella tempesta delle lingue*, cit.; cfr. A. Etzioni, *Una lingua globale che genera un senso di comunità?*, in *Rass. it. sociol.*, 2008, 167 ss.

Alle lingue di lavoro si aggiungono poi l'italiano, lo spagnolo e il polacco, che unitamente alle altre tre costituiscono l'insieme delle c.d. «lingue ponte»: questo sistema consente di alleggerire il ricorso alle traduzioni, in quanto un documento presentato in una lingua diversa da una delle lingue ponte non viene tradotto in ciascuna delle altre lingue dell'Unione, ma solo nelle lingue ponte, e poi nelle altre a partire da una di esse<sup>62</sup>. In questo modo si evita di doversi servire di traduttori capaci di lavorare direttamente fra due lingue non ponte, e si riduce quindi la rosa dei traduttori a quelli capaci di lavorare fra una lingua ponte e ciascuna delle altre lingue dell'Unione.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla “questione linguistica” è alla ricerca di un punto di equilibrio fra la tutela delle identità nazionali e minoritarie (da una parte) e la necessità pratica di restringere progressivamente le lingue veicolari di lavoro (dall'altra). Si registra però una certa prevalenza dei tentativi di salvaguardia del primo elemento<sup>63</sup>.

E in effetti, per restare quanto meno al diritto dei trattati, l'art. 20, c. 2, del Trattato FUE, riconosce il diritto dei cittadini dell'UE «di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati» (le lingue di ciascuno dei Paesi membri), oltre che il loro diritto «di ricevere una risposta nella stessa lingua». Una garanzia simile è prevista anche dall'ultimo c. dell'art. 24. Invece l'art. 207, c. 4, menziona le diversità culturali e linguistiche quali oggetti la cui disciplina in accordi comunitari richiede che il Consiglio deliberi all'unanimità. L'unanimità del Consiglio è prevista anche per la fissazione del regime linguistico delle istituzioni dell'UE (art. 342). A queste previsioni si aggiungono: a) l'art. 165, che tutela le

<sup>62</sup> B. Pozzo, *La traduzione dall'inglese come lingua giuridica nel contesto del multilinguismo europeo: problemi e prospettive*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 651 ss.

<sup>63</sup> La Corte ha ritenuto ad es. che una politica linguistica a tutela dell'idioma nazionale non contrasti con la libertà di circolazione dei lavoratori nella misura in cui sia proporzionale e ragionevole, anche nel senso di non favorire i cittadini o le imprese del Paese di volta in volta considerato per il solo fatto di appartenere a quel Paese, dunque per motivi esclusivamente nazionalistici (C. giust. CEE, 28 novembre 1989, causa C-379/1987; C. giust. CE, 4 luglio 2000, causa C-424/1997); e ha ritenuto che ogni cittadino comunitario abbia il diritto di utilizzare, davanti a qualsiasi organo giurisdizionale di uno dei Paesi membri, la propria lingua di origine (C. giust. CEE, 11 luglio 1985, causa C-137/1984; C. giust. CE, 24 novembre 1998, causa C-274/1996). Ha inoltre ritenuto che gli obblighi contenuti in una fonte del diritto comunitario non pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea nella lingua di uno degli Stati membri non possano essere imposti ai singoli cittadini in tale Stato (C. giust. UE, 12 maggio 2011, causa C-410/2009). Per un approfondimento si v. E. Palici di Suni, *La lingua tra globalizzazione, identità nazionale e identità minoritarie*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 109 ss.; P. Pallaro, *La diversità delle lingue in Europa e l'integrazione comunitaria*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2002, 7 ss.

diversità culturali e linguistiche degli Stati pure con riferimento alla organizzazione dell'insegnamento nei sistemi nazionali di istruzione di ciascuno di essi, ribadendo tuttavia la necessità di promuovere e incrementare la conoscenza delle lingue straniere; b) l'art. 167, ove si legge che «l'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune».

Vi sarebbe a questo punto da chiedersi se sia onere dei cittadini comunitari provvedere ad una formazione linguistica (da intendersi come formazione nell'apprendimento di lingue diverse da quella di origine) di livello tale da consentire loro il superamento dei limiti individuali, nella misura necessaria alle specifiche esigenze di ciascuno.

Rispondere negativamente significherebbe con tutta probabilità rimettere l'obbligo di questa formazione ai sistemi nazionali di istruzione.

Dall'altra parte rispondere positivamente non equivarrebbe a dire che i sistemi nazionali di istruzione possano disinteressarsi della vicenda. Ma piuttosto vorrebbe dire che essi, dopo avere individuato e garantito programmi di studio tali da assicurare, in modo variabile in base ai casi, un buon livello di apprendimento delle lingue straniere (di regola quelle di maggior uso, nel senso chiarito), probabilmente hanno assolto il loro compito: mentre l'ulteriore miglioramento della preparazione in base alle esigenze specifiche di ciascuno sarebbe rimessa ai singoli cittadini.

È pur vero, peraltro, che i percorsi didattici istituzionali possono essere, ai vari livelli, più o meno orientati a garantire l'acquisizione di competenze linguistiche<sup>64</sup>.

E proprio qui sta il punto.

Si è detto che la fattispecie esaminata dal Tar Lombardia non riguarda *l'insegnamento della lingua*, ma *la lingua dell'insegnamento*. E si è detto che in questo caso la lingua *non è il fine* dell'apprendimento, *ma il mezzo* per apprendere altre discipline.

Tuttavia il concetto di *mezzo*, se riferito alla lingua, va ulteriormente precisato, proprio richiamando la riflessione del Tar sulla consistenza e sulla natura dello strumento.

<sup>64</sup> È in proposito significativo che, proprio contestualmente all'inizio della nuova fase di integrazione europea dopo il Trattato di Maastricht (1992), il Governo olandese abbia raccomandato alle autorità competenti di consentire alle istituzioni scolastiche nazionali di ogni ordine e grado la scelta della lingua di proprio gradimento come mezzo per veicolare la didattica di tutti gli insegnamenti. Ciò avrebbe determinato una crescita dell'uso dell'inglese soprattutto nella ricerca scientifica e nella didattica universitaria, P. Carrozza, *Lingua, politica, diritti: una rassegna storico-comparatistica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 1478 ss.

La lingua, dice in sostanza il Tar, prima di essere veicolo di *conoscenze*, è veicolo di *valori*: i valori espressione della cultura (nazionale), di cui la lingua stessa rappresenta una delle manifestazioni più significative<sup>65</sup>.

Nel linguaggio si sedimenta in sostanza una storia culturale. E c'è reciproca funzionalità fra i due elementi (linguaggio e storia culturale). La storia culturale di un popolo influenza infatti il suo linguaggio, mentre il linguaggio ha una doppia incidenza, creativa e orientativa, sulla identità di un popolo: creativa perché determina la nascita di questa identità, orientativa perché ne guida e influenza lo sviluppo<sup>66</sup>.

Si tratta di argomenti di cui si rinviene traccia anche nella posizione espressa dagli studiosi di italianistica, linguistica, filosofia del linguaggio (e, più in generale, da studiosi appartenenti anche ad altre aree disciplinari), nel dibattito apertosi subito dopo l'adozione delle delibere dell'Ateneo milanese. A loro volta le motivazioni addotte dal Tar a sostegno dell'annullamento di queste decisioni paiono aver risentito dell'orientamento di tali studiosi.

Essi avevano in sostanza affermato:

a) che non è possibile «distinguere il contenuto dei saperi dalla lingua in cui si apprendono e pensano», pur se «i saperi scientifici più avanzati», per potere essere praticati al più alto livello, richiedono una perfetta padronanza dell'inglese, e pur se «l'inglese come lingua veicolare [...] del sapere tecnico-scientifico è [...] un dato di fatto»; ciò in quanto «l'inglese básico [...] funziona da lingua franca per la comunicazione internazionale, gli scambi economici, i rapporti fra scienziati e tecnici»; anche perché la spinta al «vivere globale»<sup>67</sup> determina una sorta di «diffusione panterrestre [...] dell'angloamericano» senza precedenti nella storia, con conseguente tendenza al soffocamento delle lingue minori, ma con tendenza anche alla «alterazione» e al «levigamento» dell'angloamericano nel suo moto espansivo<sup>68</sup>; si assiste così

<sup>65</sup> Per un approfondimento si v. M. Lo Prejato, *La lingua italiana tra identità nazionale e migrazioni*, in *Bollettino di italianistica*, 2011, 413, ove ad es. si legge che «sin dai secoli XV-XVIII, l'italiano ha arricchito il lessico internazionale della poesia, dell'architettura, della musica. L'italiano è, inoltre, [...] la lingua veicolare di fatto all'interno della Chiesa cattolica. Inoltre [...] l'italiano ha svolto (e svolge tuttora) un ruolo essenziale di ponte culturale e linguistico sia in Europa sia nel Mediterraneo».

<sup>66</sup> Una simile riflessione, pur se riferita alla prospettiva individuale della persona piuttosto che a quella corale del popolo, è presente in F. Cimatti, *Linguaggio, autocoscienza e libertà*, in *Iride*, 1999, 161. Cfr. C. Segre, *Se l'umanesimo italiano fosse suddito dell'inglese. In difesa dei valori «ad alta definizione»*, cit.; R. Schmid, *La lingua dell'insegnamento universitario: «strumento tecnico» o «elemento di contenuto e strumento culturale?»*, cit.

<sup>67</sup> F. Sabatini, *L'italiano nella tempesta delle lingue*, cit., 3 ss.

<sup>68</sup> A. Zanzotto, *Europa, melograno di lingue*, in ID., *Poesie e prose scelte*, Milano, Mondadori, 1999, 1353; cfr. F. Sabatini, *L'italiano nella tempesta delle lingue*, cit., 3 ss.

a una reciproca funzionalità fra il fenomeno linguistico e quello sociale, ad es. per effetto della elevata mobilità geografica degli individui, della diffusione dei mezzi di comunicazione, dei mutamenti degli assetti politici, economici, culturali<sup>69</sup>;

b) che la predetta padronanza dell'inglese è un obiettivo del cui raggiungimento la scuola e l'università potrebbero farsi carico;

c) che tuttavia «l'insegnamento dei contenuti, scientifici, filosofici, umanistici, dovrebbe continuare ad essere professato, anche dove in parte impartito in inglese, con convinzione in italiano, in modo da diventare patrimonio non solo di chi lo riceve ma dell'intera comunità nazionale»;

d) che pertanto «i vantaggi della comunicazione globale si ottengono se la conoscenza dell'inglese veicolare è autentica, ma si esaltano solo se si assicura, attraverso un suo stabile potenziamento, la piena padronanza della lingua nazionale»<sup>70</sup>.

Dunque, come pare di capire, se si recide il rapporto fra questi valori e le conoscenze veicolate con la lingua, è alto il rischio che la comunicazione risulti viziata, e che questo vizio si rifletta sull'insegnamento delle discipline che ne formano oggetto. Alla corrispondenza biunivoca fra la lingua e la cultura che essa esprime consegue infatti, frequentemente, l'intraducibilità di molte espressioni<sup>71</sup>, proprio in ragione del carattere naturalmente non collimante di quelle culture, e dei sistemi (anche, e soprattutto, giuridici, ordinamentali, etc.) sui quali si fondano<sup>72</sup>. Proprio per ov-

<sup>69</sup> F. Sabatini, *L'italiano nella tempesta delle lingue*, op. loc. cit.

<sup>70</sup> Per la ricostruzione del dibattito si v. L. Lepschy e G. Lepschy, *Riflessioni sulla lingua dell'insegnamento*, cit., 13 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti alle posizioni di V. Coletti, R. Librandi, M. Fanfani; si v. inoltre *Fuori l'italiano dall'università?: inglese, internazionalizzazione, politica linguistica*, cit., ed *ivi* ulteriori ampi riferimenti. Cfr. P. Armaroli, *La lingua italiana, questa sconosciuta*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 87 ss.

<sup>71</sup> M. Lo Prejato, *La lingua italiana tra identità nazionale e migrazioni*, cit., 417.

<sup>72</sup> Sui limiti e sulle difficoltà delle traduzioni in ambito giuridico si v., in particolare, P. Rossi, *Il diritto plurilingue europeo nella prospettiva del legislatore comunitario e dell'interprete nazionale*, in *Pol. dir.*, 2007, 139 ss.; D.U. Galetta, *Autonomia universitaria e processi di internazionalizzazione degli Atenei*, cit.; A. Etzioni, *Una lingua globale che genera un senso di comunità?*, in *Rass. it. sociol.*, 2008, 159 ss.; B. Pozzo, *La traduzione dall'inglese come lingua giuridica nel contesto del multilinguismo europeo: problemi e prospettive*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 651 ss. (fra i tanti esempi, tratti anche da esperienze straniere, qui si richiamano in particolare i concetti di *prescrizione / decadenza* e di *diritto soggettivo / interesse legittimo* nell'ordinamento italiano, e si evidenzia che i loro significati sono difficilmente trasmissibili ad un giurista straniero che non conosca l'evoluzione del contesto storico-giuridico nel quale essi sono nati e si sono sviluppati); L. Ieva, *La lingua nel diritto U.E. tra ambiguità lessicale e necessità di uniformità (in latino)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 483 ss. Cfr. E. Chiti, *Le conoscenze linguistiche dell'avvocato migrante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 610 ss.

viare a queste difficoltà le traduzioni spesso denotano, nelle migliori delle ipotesi, un eccesso di semplificazione, un appiattimento dei concetti, un impoverimento dei contenuti.

Ciò non può che ripercuotersi sulla qualità (e sulla congruità rispetto allo scopo) della didattica impartita in una lingua diversa da quella che invece rifletterebbe con la maggiore corrispondenza possibile i valori immanenti nella disciplina oggetto dell'insegnamento.

È pur vero, peraltro, che la capacità di apprendere e di comprendere le caratteristiche di altre culture e di altri sistemi non necessariamente coincide con la competenza linguistica<sup>73</sup>.

Sicchè l'obiettivo a cui tendere sarebbe quello di coltivare ambedue questi profili.

Certo è che l'identificazione dei significati delle espressioni e dei concetti nel contesto ove sono nati costituisce l'antecedente logico e indefettibile di qualsiasi traduzione, e ciò vale in particolar modo per le traduzioni in ambito giuridico.

Questi problemi, come è comprensibile, emergono soprattutto nello studio del diritto comparato. Ciò avviene ad esempio perché l'apertura alla prospettiva del confronto fra ordinamenti può rivelarsi riduttiva, e sterile, se non si parte dall'intendere la *comparazione* come *comunicazione*: nel senso che dal confronto dovrebbero poter emergere canali per far dialogare sistemi che parlano linguaggi, anche solo parzialmente, diversi. E nel senso che la comunicazione dovrebbe in seguito agevolare la circolazione dei problemi e dunque, soprattutto, delle possibili soluzioni. Ma solo se si evita di tentare il mero trapianto degli istituti: questa è infatti attività ad alto rischio di crisi di rigetto, in assenza di una approfondita conoscenza degli elementi di contesto<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> M. Lo Prejato, *La lingua italiana tra identità nazionale e migrazioni*, cit., p. 418, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici; Consiglio d'Europa, *Quadro comune europeo di riferimento per le lingue: apprendimento, insegnamento, valutazione*, Milano, La Nuova Italia, 2002.

<sup>74</sup> Così, ad esempio, i principi comunitari di trasparenza e concorrenza in materia di contratti pubblici influenzano la disciplina dei contratti pubblici in Germania mitigandone la tendenza 'panprivatistica', ossia la tendenza a ricalcare integralmente la disciplina prevista per i contratti privati, si v. U. Stelkens, *The public-private law divide*, in *Ius Publicum Network Review*, www.ius-publicum.com, 2011; cfr. S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 35 ss.; M. Ruffert, *European administrative law*, in *Ius Publicum Network Review*, www.ius-publicum.com, 2012; G. Martinico, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: Cedu e diritto comunitario nell'applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 691 ss.; C. Franchini, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 651 ss.; L. Vandelli, *L'attenzione per il diritto pubblico straniero*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1597 ss. Sulla nascita e sullo sviluppo del diritto amministrativo

## 7. Qualche conclusione

Dalle riflessioni sin qui compiute emerge che il problema della lingua della didattica universitaria risente di spinte diverse.

Da una parte la spinta verso la globalizzazione, che tende a determinare un multiculturalismo asimmetrico.

Dall'altra quella verso la difesa dell'identità nazionale dello Stato, anche in via di reazione difensiva al primo moto.

E infine quella verso la tutela delle minoranze all'interno dello Stato-nazione.

Le spinte sono dunque: a) centrifughe (quelle del primo tipo); b) stabilizzatrici (quelle del secondo tipo); c) centripete (quelle del terzo tipo)<sup>75</sup>.

Ma l'ultimo profilo non rileva, o rileva marginalmente, per il tema che si sta trattando: nella sua attuale dimensione esso è infatti interessato dai soli moti centrifugo e stabilizzatore.

I primi due moti si scontrano sul terreno della internazionalizzazione degli atenei. Al par. 3 si è suggerito di intendere questa "internazionalizzazione" come estesa a due dimensioni (quella *soggettiva* e quella *oggettiva*), ciascuna con ulteriori articolazioni interne (*atenei* e *docenti* per la prima, *didattica* e *ricerca* per la seconda). Si è detto che tale lettura rafforza, se possibile, le conclusioni del Tar sulla internazionalizzazione come attività di trasmissione all'estero dei valori di un certo ordinamento, nonché di importazione dall'estero dei valori di altri ordinamenti, ma con strumenti idonei alla esatta veicolazione di questi valori, e non con qualsiasi mezzo.

Ciò in quanto, come si è detto, la lingua dell'insegnamento, soprattutto quando oggetto della didattica è una disciplina diversa da quelle delle classi linguistiche, è il *mezzo* per l'insegnamento, e non il suo *fine*.

E la lingua come mezzo è appunto veicolo di valori, prima ancora che di conoscenze, rappresentando essa una delle manifestazioni più significative dell'identità nazionale, e dunque anche della identità di chi vi si esprime per l'insegnamento nonché di chi la utilizza per l'apprendimento.

europeo, si v. F. Bignami, *Introduzione*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami e S. Cassese, Quaderno n. 1 della *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, Giuffrè, 2004, 25 ss., ed *ivi* anche i contributi di: S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, 36 ss.; C. Franchini, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, 281 ss.; M.P. Chiti, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, 67 ss.; G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi compositi dell'Unione europea*, 307 ss.

<sup>75</sup> All'ultima, in questi termini, si riferisce anche F. Ratto Trabucco, *La costituzionalizzazione della lingua italiana*, cit., 515 ss.



Nel linguaggio si sedimenta in sostanza un substrato culturale. Si è pure visto che c'è reciproca funzionalità fra i due elementi: nel senso che, se da un lato il substrato culturale di un popolo influenza il suo linguaggio, dall'altro il linguaggio ha una doppia incidenza, creativa e orientativa, sulla identità di un popolo. Creativa perché determina la nascita di questa identità. Orientativa perché ne guida e influenza lo sviluppo.

La lingua è più precisamente un prodotto sociale, che nasce come la sommatoria di associazioni biunivoche fra una moltitudine di *significanti* (sul piano delle espressioni) e di *significati* (sul piano dei contenuti), i quali si presuppongono reciprocamente e insieme costituiscono, in coppia, i *segni* della lingua stessa<sup>76</sup>. Questi ultimi, agglomerati in quantità variabile, danno a loro volta origine al *testo* (non necessariamente scritto, come pare doversi ritenere), il quale è manifestazione di significati dipendenti dalle letture che se ne danno, e non “ontologici” (ossia indipendenti da esse e sempre uguali a se stessi in ragione della loro natura)<sup>77</sup>.

La lingua non è dunque mero strumento di comunicazione o, meglio, non può adempiere alla sua principale funzione, ossia quella comunicativa<sup>78</sup>,

<sup>76</sup> È questo il nucleo della teoria linguistica strutturalista di F. de Saussure, conosciuta attraverso la pubblicazione di opere postume: si v. *Cours de linguistique générale*, a cura di C. Bally, A. Riedlinger e A. Sechehaye, Losanna-Parigi, Payot, 1916, trad. it. *Corso di linguistica generale*, a cura di T. De Mauro, Bari, Laterza, 2009.

<sup>77</sup> Lo strutturalismo linguistico ha infatti manifestato dapprima una declinazione “ortodossa” – secondo la quale il testo esprime un significato sempre uguale a se stesso – e successivamente una declinazione “interpretativa” – secondo la quale il significato del testo è anche il prodotto della sua lettura, si v. U. Eco, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, Einaudi, 1984. Sull'interpretazione giuridica si v., *ex multis*, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; ID., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2009. Per un approfondimento sul rapporto fra filosofia del linguaggio e semiotica generale, nonché fra semiotica generale e semiotiche specifiche, e infine fra semiotiche specifiche, semiotica strutturale e linguistica, si v. invece, oltre a U. Eco, *op. ult. cit.*, anche R. Barthes, *Le Degré zéro de l'écriture*, Parigi, Éditions du Seuil, 1953; ID., *Lezione* – Lezione inaugurale della cattedra di Semiologia letteraria del Collège de France pronunciata il 7 gennaio 1977, trad. it. a cura di R. Guidieri, Torino, Einaudi, 1981; ID., *Système de la mode*, Parigi, Éd. du Seuil, 1967 (trad. it., *Sistema della Moda*, a cura di L. Lonzi, Torino, Einaudi, 1970). Per un approfondimento sul rapporto fra semiotica e semantica, nonché fra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo, si v. U. Scarpelli, *Semantica, morale e diritto*, Torino, Giappichelli, 1969.

<sup>78</sup> Anche la funzione comunicativa del linguaggio e della lingua è stata peraltro messa in discussione, ritenendo ad es.: – che «il linguaggio è una legislazione e la lingua ne è il codice»; – che «ogni linguaggio è una classificazione e [...] ogni classificazione è oppressiva»; – che «un idioma si definisce non tanto per ciò che permette di dire, quanto per ciò che obbliga a dire»; che «dunque [...], per la sua stessa struttura, la lingua implica una fatale relazione di alienazione»; con la conseguenza che «parlare, e a maggior ragione discorrere, non

se non è in grado di veicolare esattamente anche i valori di cui è espressione, o i valori della diversa identità nazionale cui per ipotesi si stia riferendo.

Ma vi è di più. Proprio gli spunti provenienti dalla linguistica, dalla filosofia del linguaggio, dalle neuroscienze, consentono di riconoscere nella lingua anche il segno di un modo di pensare, di argomentare, di ragionare, e pertanto l'epifania di una sorta di "struttura mentale", riferibile a sua volta tanto al singolo quanto alla collettività cui esso appartiene.

La veicolazione dei valori espressione dell'identità nazionale è dunque solo una delle sue funzioni, delle sue finalità.

Ebbene, il raggiungimento di questo obiettivo non può essere garantito disponendo che tutta l'offerta didattica universitaria di tipo magistrale e dottorale sia erogata in lingua straniera: in primo luogo perché occorre distinguere gli insegnamenti dal punto di vista dei contenuti, individuando quelli che si prestino ad essere impartiti in una lingua diversa da quella nazionale (ad es. certamente le scienze dure, e invece le scienze sociali solo nella misura in cui i programmi riguardino argomenti sintonizzabili sulla identità nazionale e "strutturale"<sup>79</sup> di cui la lingua dell'insegnamento è espressione).

Contestualmente si deve pertanto scegliere anche la lingua straniera più adatta a questo uso, in ragione del contenuto dei programmi, senza cedere alla tentazione di selezionarne una per tutte (anche se è verosimile che l'opzione possa ricadere sull'inglese, per le ragioni chiarite al par. 2).

Infine, solo per gli insegnamenti così individuati, si potrà disporre la conversione della lingua della didattica secondo le modalità ritenute più idonee, ma senza eliminare l'offerta formativa erogata nella lingua nazionale: vi osterebbero infatti il principio del primato della lingua italiana, la libertà di insegnamento, il diritto allo studio, nei termini chiariti ai par. 2 e 5.

Pure dopo queste distinzioni e individuazioni, permarrebbero tuttavia difficoltà e ostacoli non di poco conto. Ossia i problemi della qualificazione dei docenti e degli studenti rispettivamente impegnati e iscritti nei corsi tenuti in lingua straniera. Il parallelismo fra linguaggio e valori richiede infatti che tanto i docenti quanto i discenti abbiano una conoscenza adeguata della lingua dell'insegnamento e dell'identità nazionale (profilo, storico, culturale, politico, giuridico, e così via) e "strutturale" (nel senso sopra chiarito di "modalità di ragionare") di cui essa è espressione.

è, come si ripete troppo spesso, comunicare: è sottomettere: tutta la lingua è una predeterminazione generalizzata», R. Barthes, *Lezione*, cit.

<sup>79</sup> Nel senso sopra chiarito di "modalità di ragionare". Cfr. M.A. Cabiddu, *Lingua, potere e libertà*, cit.

## internazionalizzazione degli atenei e didattica universitaria

Da questa considerazione possono diramare altri ordini di problemi, per i docenti, per l'ateneo, per gli studenti e per il sistema nazionale di istruzione inteso nel suo complesso:

a) quanto ai *docenti*, la loro libertà di insegnamento, costituzionalmente garantita, sarà tutelata solo se l'offerta didattica sugli stessi insegnamenti oggetto della conversione verrà mantenuta attiva anche nella lingua nazionale;

b) quanto all'*ateneo*, esso dovrà prepararsi, dal punto di vista organizzativo / economico, alla eventualità che i propri docenti rifiutino, legittimamente, di erogare la didattica in lingua straniera, e dovrà quindi far fronte alle nuove esigenze incaricando altri docenti disponibili, stranieri o italiani (in questo caso le conseguenze potrebbero essere economicamente rilevanti, e dunque potrebbe venir meno quanto richiesto dalla legge Gelmini in punto di adeguatezza delle risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili, oppure quanto prescritto per l'affidamento di incarichi didattici a docenti esterni); ma l'ateneo dovrà probabilmente prepararsi anche alla organizzazione di corsi di lingua straniera avanzata (e calibrata sulle esigenze specifiche della offerta didattica attivata) per i propri docenti (pure questa ulteriore operazione potrebbe avere peraltro conseguenze economicamente rilevanti);

c) quanto agli *studenti*, si pone il problema di capire se il *sistema nazionale di istruzione* debba o meno farsi carico, per essi, dell'approntamento dei mezzi necessari all'acquisizione da parte loro di conoscenze linguistiche adeguate per l'accesso alla offerta didattica universitaria degli atenei nazionali, anche se impartita in lingua straniera; e a tale valutazione dovrà provvedersi in applicazione prima di tutto dell'art. 3, c. 2, Cost. (è però evidente che anche qui una eventuale risposta affermativa avrebbe conseguenze organizzative ed economiche altamente impattanti: e in questo caso non per il singolo ateneo interessato, ma per l'intero sistema nazionale di istruzione).

Si potrebbe a buon diritto obiettare che in questo modo sull'università verrebbero scaricate le lacune del sistema scolastico. Come si è visto in precedenza<sup>80</sup>, il problema esiste. Ma esiste perché le iniquità che diversamente si produrrebbero vanno evitate proprio colmando queste lacune (ciò che è peraltro molto oneroso, lo si ripete), e non perché l'istruzione universitaria, che rappresenta il luogo ove i livelli più alti degli studi sono raggiunti, debba restare immune da quelle lacune a detrimento della sola parte più debole dell'utenza.

Sembrano questi i principali ostacoli che tengono ancora lontana dall'università la prospettiva del multilinguismo.

<sup>80</sup> Cfr. *ante*, par. 5.

*Abstract*

*The main aim of this essay is to analyze the relationship between the internationalization of universities and the language of university teaching. This relationship is analyzed above all in connection with the protection of national identity, freedom of teaching, right to education and principle of proportionality.*

MONICA COSSU

## GLI *SPIN-OFF* UNIVERSITARI E ACCADEMICI IN FORMA DI SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Lo *spin-off* universitario societario: fattispecie e tipologie. – 3. Gli elementi di specialità. – 4. L’ambito di utilizzo del modello organizzativo “*spin-off* s.r.l.”. – 5. *Spin-off* universitario e disciplina della s.r.l. – 6. La configurazione statutaria e parasociale dello *spin-off* s.r.l. alla luce dei regolamenti di ateneo. Alcuni spunti di *best practice* statutaria.

### 1. Premessa

Il tema dei rapporti tra università e impresa sollecita da sempre opinioni variegata e discordi: si sottolineano da un lato il valore socio-economico del trasferimento di conoscenza<sup>1</sup> e l’elevata valenza creativa dello *spin-off* quale modalità di creazione di impresa, dall’altro quella “naturale” suddivisione del lavoro che conduce l’impresa ad acquistare le conoscenze sviluppate nelle università talvolta perché è incapace di produrle a sua volta<sup>2</sup>, talaltra, semplicemente, perché trova più conveniente il *buy* rispetto al *make*<sup>3</sup>.

Sotto il profilo concorrenziale, il trasferimento di conoscenze rappresenta uno stimolo fondamentale all’innovazione: il legislatore comunitario *antitrust* muove dal paradigma dello sviluppo economico, non dal paradigma dell’equilibrio statico sui mercati<sup>4</sup>, presupponendo, così, una piena comple-

\* Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Mario Libertini.

<sup>1</sup> S. Krimski, *The Profit of Scientific Discovery and its Normative Implications*, in 75 *Chicago-Kent Law Rev.* (1999), 22 ss.

<sup>2</sup> R.S. Eisemberg, *Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government – Sponsored Research*, in 82 *Virginia Law Rev.*, (1996), 1669.

<sup>3</sup> M. Granieri, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori. Il trasferimento tecnologico dal mondo universitario all’industria e la nuova disciplina delle invenzioni d’azienda*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 83.

<sup>4</sup> Sul punto v. M. Libertini, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, I, 50, da cui si cita, e in *Studi per Nicosia*, II, Milano, Giuffrè, 2007. Ivi l’A. nell’approccio metodologico del legislatore comunitario individua – e valorizza – più che la concezione di efficienza statica e allocativa propria dell’analisi econo-

mentarietà e coerenza di principi tra diritto della concorrenza e diritto della proprietà intellettuale<sup>5</sup>.

Esistono, inoltre, modelli economici e dati empirici sull'utilità degli *spin-off* universitari a sostenere nel mercato regionale di riferimento<sup>6</sup> la crescita e l'aumento di risorse delle università<sup>7</sup>, specie in riferimento ad aree geo-economiche depresse<sup>8</sup> o a università marginali, o comunque non elitarie<sup>9</sup>; e la constatazione risulta ancora più interessante in un momento storico che vede un progressivo declino del modello di finanziamento pubblico alla ricerca di base<sup>10</sup>.

Di contro, si paventa lo spostamento del baricentro dell'attività uni-

mica neoclassica, una chiave di lettura del diritto della concorrenza che è fondata sull'obiettivo dell'efficienza dinamica dei mercati, e che, quindi, intende tutelare «un processo competitivo caratterizzato da un flusso continuo di innovazioni in condizioni di equilibrio permanentemente instabile e di informazione e razionalità imperfette».

<sup>5</sup> M. Libertini, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, cit., 50 s.; Id., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 433 ss.; Id., *La tutela della concorrenza nella legislazione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.

<sup>6</sup> Tra gli altri, di recente, T.H. Clausen e E. Rasmussen, *Parallel Business Models and the innovativeness of research-based spin-off ventures*, in *7 Journ. of Technolog. Transf.* (2012), 1 ss.; D. Iacobucci e A. Micozzi, *How to evaluate the impact of academic spin-off on regional development*, c.MET Working paper n. 4/2012, 1 ss.

<sup>7</sup> Spunti di analisi in questo senso in A.N. Link e J.T. Scott, *Opening the ivory tower's door: an Analysis of the determinants of the formation of U.S. university spin-off companies*, in *34 Research Policy* (2005), 1106 ss. E per un modello economico di contratto tra università, ricercatori e *venture capitalist* v. I. Macho-Stadler, D. Pérez-Castrillo e R. Veugelers, *Designing Contracts for University Spin-offs*, in *17 Journ. of Economics & Management Strategy*, (2008), 185 ss.; T. Åstebro e J. Bazzazian, *Universities, Entrepreneurship and Local Economic Development*, in M. Fritsch (Editor), *Handbook of Research on Entrepreneurship and Regional Development: National and Regional Perspectives*, Chentelham (UK), Elgar Publ., 2011, 1 ss.

<sup>8</sup> J.J. Degroof, *Academic spin-off policies in regions outside high tech clusters: can university policies substitute for a weak entrepreneurial environment?*, Catania international workshop 2004, in [www.fscpo.unict.it](http://www.fscpo.unict.it), 1 ss. del documento, consultato, da ultimo, il 12 febbraio 2013; D. Porcheddu, M. Piredda e A. Usai, *Spin-off universitari in regioni economicamente marginali: il caso della Sardegna*, in *Ec. e dir. terziario*, 2005, 645 ss.

<sup>9</sup> P. Migliorini, C. Serarols e A. Bikfalvi, *Overcoming critical junctures in Spin-offs Companies from non-elite Universities: evidence from Catalonia*, in D. Smallbone, J. Leitão, M. Raposo e F. Welter (editors), *The Theory and Practice of Entrepreneurship Frontiers in European Entrepreneurship Research*, Chentelham (UK), Elgar Publ., 2010, 9 ss. del documento, per un'analisi quantitativa riferita all'Università autonoma di Barcellona e all'Università di Girona.

<sup>10</sup> Osservazioni e dati in T. Minshall, B. Wicksteed e C. Druihe, *The Role of Spin-Outs within University Research Commercialisation Activities: Case Studies from 10 UK Universities*, in A. Groen, R. Oakey, P. Van der Sijde e G. Cook (editors), *New Technology Based Firms in the new Millennium*, VI, Bingley (UK), Emerald publ., 2008, 185 ss.

## gli *spin-off* universitari e accademici

versitaria dalle funzioni istituzionali di promozione della ricerca di base verso la ricerca applicata<sup>11</sup> e si teme da un lato che «la preoccupazione per la remunerazione dei propri brevetti distolga le università dalla loro funzione precipua»<sup>12</sup>, e dall'altro che il ricercatore/inventore sia troppo coinvolto nella fase di sviluppo dell'invenzione (coinvolgimento che, peraltro, è necessario per definire le scelte di *grantback*)<sup>13</sup>.

Al rischio di una contesa tra ricerca di base e ricerca applicata si aggiunge il rischio di una “contesa finanziaria” tra lo *spin-off* e l'ateneo per il reperimento di fondi<sup>14</sup>; ciò che rende necessario, *ex ante*, un giudizio di non concorrenzialità e di sostenibilità dell'iniziativa<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> M. Granieri, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori*, cit., 76; A. Brett, D.V. Gibson e R. W. Smilor (editors), *University Spin-off companies*, Savage (Maryland), Rowman & Littlefield publ., 1991, Xxi; ma per i vantaggi v. *Id.*, *ibidem*, 104.

<sup>12</sup> M. Granieri, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori*, cit., *loc. ult. cit.*

<sup>13</sup> M. Granieri, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori*, cit., 77.

<sup>14</sup> E difatti i regolamenti *spin-off* di ateneo contengono, di norma, una clausola di non concorrenza, o clausola sul conflitto di interessi: così, a titolo di esempio, all'art. 6 del regolamento *spin-off* dell'Università di Genova è detto che «[a]d ogni domanda di costituzione di uno *spin-off* accademico deve essere allegata la delibera del consiglio di dipartimento (o dell'amministrazione universitaria) a cui afferisce ciascun socio, relativa all'assenza di conflitto di interessi fra il prodotto/processo/servizio obiettivo dello *spin off* e l'attività del dipartimento. Ancora più perspicuo è l'art. 5 del regolamento *spin-off* dell'Università di Sassari, ove è detto che «1. [I] attività svolta dallo *spin off* deve essere distinta e non concorrenziale rispetto all'attività che professori, ricercatori, personale tecnico-amministrativo svolgono all'interno delle strutture universitarie di appartenenza. Del pari, deve essere distinta e non concorrenziale rispetto all'attività che il personale tecnico-amministrativo svolge all'interno dell'Ateneo. 2. Qualunque, eventuale, situazione di conflitto deve essere resa palese e comunicata all'amministrazione di appartenenza, pena l'esclusione dallo *spin off*. Lo *spin off* dovrà illustrare, con apposita relazione esplicativa indirizzata al Rettore e al direttore amministrativo, le azioni specificamente adottate per contrastare il conflitto di interessi». Analoghe formule si riscontrano nell'art. 5 del regolamento *spin-off* dell'Università di Lecce, nell'art. 8 del regolamento dell'Università del Salento, e nell'art. 8 del regolamento dell'Università Politecnica delle Marche.

<sup>15</sup> P. Zanelli, *Nuovi percorsi dalla ricerca all'impresa: l'esperienza di Spin-off intrapresa dall'Università di Bologna*, in *Contr. e impr.*, 2001, 1466. Si noti, peraltro, che i regolamenti *spin-off* di ateneo normalmente prevedono che la clausola sull'oggetto sociale specifichi il mercato di riferimento nazionale e internazionale dello *spin-off*, ovvero le prospettive economiche, finanziarie e di mercato dell'iniziativa (così, ad esempio, l'art. 5, c. 2, lett. *f*), del regolamento *spin-off* dell'Università di Venezia Cà Foscari). Il *business plan* e gli strumenti tipici del controllo di gestione testano, ovviamente, le probabilità di successo dello *spin-off*: cfr. M. Piccarozzi, *Gli Spin-off universitari: l'esperienza dell'Università degli studi della Tuscia*, in *Budget*, 2008, 76 ss.

Si evidenziano, infine, i rischi connessi ai profili di responsabilità patrimoniale dell'ateneo. È vero che gli *spin-off* sono costituiti per la quasi totalità in forma di società di capitali<sup>16</sup> (dunque l'ipotesi di una responsabilità illimitata dell'ateneo quale socio è remota) e che le convenzioni che regolano i rapporti con gli *spin-off* contengono, di norma, una clausola generale di manleva a tutela dell'ateneo o del dipartimento<sup>17</sup>, ma possono comunque configurarsi ipotesi di responsabilità patrimoniale con riferimento a contratti di licenza non appropriatamente configurati<sup>18</sup>.

## 2. Lo *spin-off* universitario societario. Fattispecie e tipologie

È noto che l'espressione *spin-off* societario (o *spin-out*) contrassegna lo scorporo<sup>19</sup> di una funzione aziendale alla quale viene riconosciuta l'autonomia di una nuova impresa, e la cui titolarità viene attribuita al soggetto scorporante o, in caso di società, ai suoi soci ovvero (*ex*) amministratori o (*ex*) dipendenti<sup>20</sup>.

La specifica fattispecie dello *spin-off* societario universitario, o società di alta tecnologia, è ora disciplinata dal combinato disposto dell'art. 2, c. 1,

<sup>16</sup> Eccezion fatta per qualche cooperativa.

<sup>17</sup> Così, ad esempio, l'art. 14, c. 2, del regolamento *spin-off* dell'Università di Cagliari, ove è detto che «[i]l contratto di licenza deve prevedere, tra l'altro, che lo *spin-off* garantisca e tenga manlevata e indenne l'Università da qualsivoglia responsabilità derivante dall'utilizzo del nome o del logo, nonché definire presupposti e condizioni di anticipata risoluzione o di revoca dell'autorizzazione all'utilizzo degli stessi»; l'art. 9, c. 2, del regolamento dell'Università di Foggia; l'art. 4, c. 2, del regolamento dell'Università di Pavia; l'art. 8, c. 2, del regolamento dell'Università di Udine; l'art. 6, c. 2, del regolamento dell'Università di Venezia Cà Foscari.

<sup>18</sup> M. Granieri, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori*, cit., loc. *ult. cit.*, che allude all'ipotesi di responsabilità per danno da prodotti difettosi (normalmente esclusa da un'apposita clausola del contratto di licenza brevettuale e/o dalle convenzioni che regolano i rapporti tra ateneo e *spin-off*), alla quale peraltro si aggiunge, negli ordinamenti che ammettono la fattispecie del «danno da sviluppo», l'ipotesi di responsabilità in un giudizio sulla validità del brevetto.

<sup>19</sup> Nella definizione datane dalla *Securities and Exchange Commission* «[s]pin-outs occur when the equity owners of the parent company receive equity stakes in the newly spun out company». Propriamente, dunque, il trasferimento di tecnologia, e quindi lo scorporo di determinate attività, è uno *spin-off* (solo) in senso lato, mentre manca l'attribuzione alla scorporata (*spin-off company*) di partecipazioni della scorporante.

<sup>20</sup> Voce *Spin-off*, in *Dizionario di diritto commerciale*, diretto da G. Cabras e C. Brescia Morra, in [www.dircomm.it](http://www.dircomm.it), 1 del documento.



## gli *spin-off* universitari e accademici

d.lg. 27 luglio 1999, n. 297 e dell'art. 11 d.m. Ministero dell'università e ricerca (MIUR) 8 agosto 2000, n. 593<sup>21</sup>.

Il decreto non ha ambizioni definitorie ed è, anzi, di ardua lettura: richiamando modelli di società *spin-off* i più vari, ne disciplina, essenzialmente, le modalità di accesso ai finanziamenti nazionali<sup>22</sup>, e per l'organizzazione della società – *spin off* demanda ai regolamenti di ateneo e agli statuti. Ha il merito, comunque, di avere posto ordine in una materia fino a quel momento regolata in maniera alluvionale<sup>23</sup>.

Lo *spin-off* societario universitario può scegliere uno qualunque dei tipi societari codicistici<sup>24</sup> e strutturarsi, poi, secondo tre submodelli organizzativi distinti.

Nel primo modello, detto *spin-off* universitario in senso stretto<sup>25</sup>, alla società costituita dall'ateneo o da un suo dipartimento<sup>26</sup> sono attribuiti in licenza uno o più brevetti<sup>27</sup>, altri diritti di proprietà industriale, tecnologie e/o conoscenze.

<sup>21</sup> Il d.m. M.i.u.r. 8 agosto 2000, n. 593, reca le modalità procedurali per la concessione delle agevolazioni previste dal d.lg. 27 luglio 1999, n. 297. E v. anche le disposizioni applicative contenute nel decreto direttoriale n. 130/Ric., del 16 febbraio 2004.

<sup>22</sup> Si precisa che il presente lavoro è dedicato esclusivamente agli *spin-off* dell'università pubblica.

<sup>23</sup> Si osserva, peraltro, che nei paesi europei, diversamente da quanto accade negli Stati Uniti, l'impatto della regolamentazione sulla creazione di *spin-off* non è mai stato oggetto di una indagine approfondita (F. Lazzeri e A. Piccaluga, *Le imprese spin-off della ricerca pubblica: convinzioni, realtà e prospettive future*, in *Econ. e Soc. Reg.*, 2012, 1 ss.), probabilmente anche perché il trasferimento di conoscenze dalle università verso società *spin-off* ha avuto uno sviluppo relativamente recente (solo a partire dagli anni 70 del secolo scorso) rispetto agli ordinamenti nordamericani: cfr. I. Prodan e A. Slavec, *Academic Entrepreneurship: What Changes When Scientists Become Academic Entrepreneurs?*, in Burger e Helmchen, (editors), *Entrepreneurship – Born, Made and Educated*, InTech, Rijeka (CR), 2012, 160 ss. È generalmente riconosciuto che il *Bay-Dohle Act* (*Patent and Trademark Law Amendments Act*) emanato il 12 dicembre 1980, e il *Federal Technology Transfer Act* del 1986 hanno dato un impulso decisivo al trasferimento di conoscenze. Il *Bay-Dohle Act*, in particolare, ha avuto il merito di armonizzare una disciplina federale priva di uniformità e consistente in una ventina di accordi diversi sul trasferimento tecnologico.

<sup>24</sup> Nella pratica, però, le sole forme prescelte sono quelle delle s.p.a., della s.r.l. e della cooperativa (v. *supra*, fine par. 1, e *infra* inizio par. 3).

<sup>25</sup> L'ipotesi è riconducibile all'art. 2, c. 1, lett. f), d.lg. 27 luglio 1999, n. 297.

<sup>26</sup> Naturalmente lo *spin-off* può anche essere pluripersonale: v., ad esempio, «Mito Tech s.r.l.», costituita nel 2007 quale *spin-off* del Politecnico di Milano, e partecipata dall'Università di Milano statale, dall'Università di Padova e dall'Università della Calabria.

<sup>27</sup> Là dove nello *spin-off* siano conferiti brevetti conseguiti dai soci si applicherà, evidentemente, anche la disciplina in materia di tutela brevettuale.

Il conferimento della licenza può, eventualmente, essere preceduto da un periodo di tutoraggio<sup>28</sup>.

La società *spin-off* è dunque, in senso lato, una «società-veicolo» di nuova costituzione per lo scorporo di conoscenze o tecnologie suscettibili di essere convertite in un progetto imprenditoriale. La presenza dell'ateneo, o del dipartimento, nella compagine sociale dovrebbe, dunque, essere limitata al tempo necessario a consentire l'avvio dell'attività distaccata, ma normalmente non sono previsti limiti temporali di permanenza<sup>29</sup>.

Spetta all'ateneo, poi, definire attraverso un apposito regolamento la propria *participation policy*, e in particolare i meccanismi di negoziazione e determinazione del prezzo e le regole per l'amministrazione dei diritti di proprietà intellettuale<sup>30</sup> che sono oggetto di trasferimento<sup>31</sup>.

Sono contigue a questo primo modello – dello *spin off* universitario in senso stretto – le società, a capitale interamente pubblico e miste, strumentali all'attività delle amministrazioni pubbliche<sup>32</sup>.

Va detto, però, che la legislazione finanziaria degli ultimi anni nel ri-classificare tali società ha, nel contempo, grandemente ridimensionato il fenomeno dal duplice punto di vista dell'ambito di attività e del numero<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Sull'utilità che lo *spin-off* può ricavare dal fatto di avvalersi di un incubatore (esterno o fornito dall'ateneo) cfr. R. Kapsar, *Differences between academic spin-offs that utilize an incubator and those that do not*, Phd Thesis, Eindhoven, 2012, 6 ss.

<sup>29</sup> Taluni regolamenti, tuttavia, lo prevedono: così l'art. 11 del regolamento *spin-off* dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, che contempla una permanenza massima di tre anni; così l'art. 8, c. 1, del regolamento *spin-off* dell'Università di Pisa e del Politecnico di Bari, che prevedono una permanenza massima di tre anni, rinnovabile per tre anni un'unica volta alle condizioni stabilite dal consiglio di amministrazione dell'ateneo, sentiti i dipartimenti interessati.

<sup>30</sup> Si v., ad esempio, il modello utilizzato dall'Università di Eindhoven, in virtù del quale «[i]n case of well defined knowledge like patent or copyright and no additional facilities, a license agreement between the TU/e and the spin-off can be sufficient. In this agreement a royalty is determined, possibly with an upfront payment. The royalty percentage will be based on common practice. After deduction of all costs inventor(s) are entitled to 1/3 of the royalty income according to the TU/e regulation patents and inventions, 1/3 is for the department and 1/3 returns to the patent fund»: A.J.M. De Jong, *La gestione delle spin-off accademiche*, in *Ricerca, spin-off, incubatori: strategie ed opportunità per le Università italiane*, a cura di M. Patrissi, Torino, AGV, 2007, 9.

<sup>31</sup> S.H. De Cleyn e J. Braet, *Managing Intellectual Property Rights in Academic Spin-off Ventures, Proceedings of the Research in Entrepreneurship and Small Business (RENT) XXII Conference*, Colvilha, Portugal, 20-21 November 2008, 64 ss. del documento.

<sup>32</sup> Ivi comprese le università (pubbliche).

<sup>33</sup> In particolare v. i limiti alla possibilità di costituire società strumentali che sono stati imposti alle amministrazioni pubbliche dall'art. 3, c. 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (l. finan-

## gli *spin-off* universitari e accademici

Per il primo aspetto, l'art. 13, c. 1 e 2, del c.d. decreto Bersani *bis* ha fortemente compresso l'operatività di questi enti<sup>34</sup>.

Per il secondo aspetto, la normativa sulla *spending review* ha decretato l'obbligo alternativo di liquidazione o dismissione con procedure ad evidenza pubblica delle società strumentali a totale partecipazione pubblica o miste che operino in prevalenza con l'ente pubblico affidante<sup>35</sup>, mentre ha specificato che le società strumentali a totale partecipazione pubblica devono rispettare i requisiti comunitari dell'*in house providing* societario<sup>36</sup>.

Le disposizioni in questione disegnano, dunque, un regime normativo differenziato per le società strumentali e per le società, totalitarie o miste, di gestione dei servizi pubblici locali, che si sottraggono alle limitazioni suddette<sup>37</sup>

ziaria 2008); dall'art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, in l. 4 agosto 2006, n. 248, o «decreto Bersani bis» (recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale); dall'art. 4 d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 135, anche noto come secondo decreto sulla *spending review*.

<sup>34</sup> Dal momento che le società che gestiscono servizi strumentali operano in deroga ai principi comunitari e alle ordinarie procedure in materia di affidamenti, l'art. 13, c. 1, del decreto (*cit. in nt. prec.*), stabilisce che non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale; l'art. 13, c. 2, al fine di evitare ulteriori deviazioni dai principi concorrenziali, impone alle stesse un oggetto sociale esclusivo (e *cf.*, tra le altre, Cons. St., 7 luglio 2009, n. 4346; *Id.*, 12 giugno 2009, n. 3766, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1727; Tar Lazio, sez. III *ter*, sentenza 6 novembre 2009, n. 10891, in *Guida al diritto*, 2009, 5760).

<sup>35</sup> Più esattamente, l'art. 4 d.l. 6 luglio 2012, n. 95, *cit.*, obbliga alla liquidazione entro il 31 dicembre 2013 o alla dismissione totale (entro il 30 giugno 2013, con contestuale assegnazione del servizio per cinque anni entro il 1° gennaio 2014) delle società strumentali a partecipazione pubblica che generino più del 90% dei propri ricavi in rapporto con l'ente pubblico affidante (quale erogatore di corrispettivi a fronte di fattura). Il concetto di società strumentale è stato più volte precisato, poi, dalla giurisprudenza amministrativa: e v. TAR Lazio, 5 giugno 2007, n. 5192, secondo cui possono definirsi strumentali all'attività degli enti pubblici in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, «tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali».

<sup>36</sup> Sull'applicabilità alle società strumentali *in house providing* dell'art. 4, c. 8, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (o secondo decreto sulla *spending review*, già *cit.*), v. Tar Lombardia, Brescia, Sez. II sent. 21 febbraio 2013, n. 196; C. conti, sez. controllo Liguria, deliberazione 17 giugno 2013, n. 53.

<sup>37</sup> L'art. 4, c. 3, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, *cit.*, fa salve le società di gestione dei servizi pubblici locali, alle quali non si applica l'obbligo alternativo di liquidazione o dismissione di

appunto perché non sono società strumentali<sup>38</sup>.

Il secondo modello, che risponde al nome di *spin-off* accademico<sup>39</sup>, è una variante nella quale soci promotori sono uno o più professori o ricercatori, spesso anche unità di personale tecnico-amministrativo<sup>40</sup>, titolari di assegni di ricerca<sup>41</sup>, e dottorandi di ricerca<sup>42</sup>. L'aspetto relativo alla compa-

cui al c. 1 dello stesso articolo). E per quest'aspetto, C. conti, sez. controllo Lazio, 10 luglio 2013, n. 143. Esse, in quanto operano sul mercato e non a servizio dei fini istituzionali dell'amministrazione pubblica, non soggiacciono all'obbligo dell'oggetto sociale esclusivo: Cons. St., 11 gennaio 2011, n. 77. La questione è stata, poi, definita da C. cost., 16 luglio 2013, n.228, intervenuta sul ricorso di alcune regioni verso l'art. 4 d.l. 6 luglio 2012, n. 95.

<sup>38</sup> L'aspetto della strumentalità, infatti, come si è detto è presente solo là dove l'attività della società sia rivolta esclusivamente a supporto delle attività istituzionali della pubblica amministrazione, e non (anche) al pubblico. L'autorità garante della concorrenza e del mercato (parere AS1031, del 13 marzo 2013, caso «Pubbliservizi s.p.a.») nel valutare che alcune attività svolte dalla Pubbliservizi s.p.a., partecipata dal Comune di Catania, hanno natura strumentale e come tali vanno dismesse, ha precisato, sulla scorta del parere di Cons. St., 1° aprile 2011, n. 2012, che il carattere strumentale del servizio si evince da tre condizioni: l'attività soddisfa esigenze dell'amministrazione e non dei cittadini; il rischio di gestione è dell'amministrazione affidante; la remunerazione del servizio è a carico della stessa amministrazione nell'ambito di un rapporto bilaterale con la società. Non è condivisibile, pertanto, l'orientamento espresso da Cons. St., 11 gennaio 2011, n. 77, secondo cui le società miste, non essendo vincolate all'obbligo di oggetto sociale esclusivo, oltre che servizi pubblici locali potrebbero esercitare anche attività strumentali. Questo orientamento permissivo collide con i principi di esclusività dell'oggetto sociale delle società strumentali enunciati (non solo per le società a partecipazione pubblica totalitaria ma anche per quelle miste) nell'art. 13 c. 1-2 d.l. n. 223/2006, e con il fatto che il quadro normativo delle società strumentali e quello delle società di gestione dei servizi pubblici locali sono, ormai, sempre più nettamente differenziati. E v. sul punto C. cost., 1° agosto 2008, n. 326, che distingue nettamente tra l'attività amministrativa (strumentale) svolta in forma privatistica e l'attività di gestione dei servizi pubblici locali quale attività d'impresa.

<sup>39</sup> Le modalità di partecipazione del personale docente strutturato sono state definite dalla l. 30 dicembre 2010, n. 240, recante norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento e di delega al governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario, anche nota come «legge Gelmini», che all'art. 6, c. 9, rinvia ad appositi regolamenti ministeriali la definizione dei termini di partecipazione a *spin-off* e *start up* universitarie da parte di docenti di ruolo. In attuazione della l. n. 240/2010 è stato emanato il d.m. MIUR 10 agosto 2011, n. 168.

<sup>40</sup> L'ipotesi è riconducibile all'art. 2, c. 1, lett. e), n. 1, d.lg. 27 luglio 1999, n. 297.

<sup>41</sup> La disciplina di riferimento in materia di assegni di ricerca è contenuta nell'art. 51, c. 6, l. 27 dicembre 1997, n. 449.

<sup>42</sup> Da questo punto di vista, la disciplina è più permissiva rispetto a quella sulle invenzioni delle università di cui all'art. 65 del codice di proprietà industriale contenuto nel d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30, che tutela le invenzioni del ricercatore in senso stretto, cioè del dipendente che abbia mansioni istituzionali di ricerca, ed esclude, dunque, personale tecnico

gine sociale, è in larga parte lasciato ai regolamenti di ateneo, alcuni dei quali contemplano quali soci promotori unicamente il personale docente e tecnico-amministrativo e ammettono altre categorie solo in fase successiva<sup>43</sup>; altri, invece, consentono anche a dottorandi, specializzandi, allievi di master e dottorato, studenti di assumere l'iniziativa<sup>44</sup>, altri ancora escludono dal novero dei promotori il personale tecnico-amministrativo<sup>45</sup>.

Una variante dello *spin-off* accademico è, ai sensi dell'art. 3, c. 2, d.lg. 27 luglio 1999, n. 297, quella forma di distacco di ricercatori e docenti universitari presso imprese che intende favorire l'avvio di iniziative economiche attraverso l'utilizzo di ricerche realizzate nelle università<sup>46</sup>.

Un terzo modello organizzativo di *spin-off* è detto spurio in quanto alla compagine dello *spin-off* universitario, o accademico, aggiunge soggetti appartenenti al mondo delle istituzioni, dell'impresa o delle professioni<sup>47</sup>.

### 3. Gli elementi di specialità

Tutte le società *spin-off* hanno connotati di specialità debole, cioè di peculiarità della disciplina, in ragione della qualità delle parti, e in particolare dei poteri riconosciuti al socio-ateneo, dell'oggetto sociale esclusivo e delle norme in materia di riparto dei diritti patrimoniali<sup>48</sup>.

amministrativo, dottorandi e studenti: v. M. Libertini, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, cit., 64.

<sup>43</sup> V., ad esempio, l'art. 2 del regolamento *spin-off* dell'Università di Pavia; l'art. 4 del regolamento *spin-off* dell'Università di Urbino; l'art. 3, c. 3, del regolamento *spin-off* dell'Università di Venezia Ca' Foscari.

<sup>44</sup> In tal senso, ad esempio, l'art. 2, c. 4, del regolamento *spin-off* dell'Università di Cassino; l'art. 2, c. 1, del regolamento *spin-off* dell'Università di Sassari.

<sup>45</sup> Così, ad esempio, gli artt. 4 e 5 del regolamento *spin-off* dell'Università di Genova; l'art. 2 del regolamento *spin-off* dell'Università di Salerno.

<sup>46</sup> *Spin-off*, *Dizionario di diritto commerciale*, cit., loc. cit. L'art. 3, c. 2, prevede che il personale di ricerca dipendente da enti di ricerca, dall'ente nazionale per l'energia e l'ambiente (ENEA), dall'Agenzia spaziale italiana (ASI), nonché i professori e i ricercatori universitari, possano essere temporaneamente distaccati presso soggetti industriali per un periodo non superiore a quattro anni, rinnovabile una sola volta.

<sup>47</sup> L'ipotesi è riconducibile all'art. 2, c. 1, lett. e), n. 2, d.lg. n. 297/1999.

<sup>48</sup> In generale, sul tema, C. Ibba, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, VIII, *Società di diritto speciale*, Torino, Utet, 1992, 527 s.; G. Marasà, *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, Treccani, 1993, 2 della voce. Con specifico riferimento agli *spin off* universitari, parla, in proposito, di «fisionomia societaria con netti contorni di specialità» G. Endrici, *Tra ricerca e mercato: le società spin off*, in

In merito alla qualità delle parti si è già detto<sup>49</sup>. Non è superfluo, però, ricordare che negli *spin-off* universitari e accademici della ricerca pubblica la selezione del socio privato, secondo alcuni, dovrebbe avvenire attraverso procedure ad evidenza pubblica, sia pure adattate alle particolarità dell'operazione<sup>50</sup>.

Quanto al secondo aspetto, l'oggetto sociale è esclusivo<sup>51</sup>, può anche coincidere con uno specifico progetto<sup>52</sup> e consiste nel trasferimento di risultati della ricerca universitaria a fini di valorizzazione e sfruttamento economico, siano essi oggetto di un brevetto per invenzione (o astrattamente brevettabili) oppure no<sup>53</sup>.

Relativamente al riparto dei diritti patrimoniali, nel modello di *spin-off* accademico al ricercatore-inventore spetta almeno il 50% dei proventi. È noto, infatti, che l'art. 65 del codice di proprietà industriale<sup>54</sup> reca norme speciali derogatorie rispetto alla disciplina delle invenzioni dei dipendenti di cui all'art. 64, e attribuisce i diritti patrimoniali al ricercatore-inventore<sup>55</sup>. Questa disciplina, fortemente criticata da una parte della dottrina<sup>56</sup>, si ap-

*Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, Giappichelli, 2008, 271 s.

<sup>49</sup> V. *supra*, paragrafo 2.

<sup>50</sup> G. Cabras, *Promozione di imprese e spin-off nei centri pubblici di ricerca*, Seminario, Università di Roma Tre, Roma, 27 marzo 2004, in [www.dircomm.it](http://www.dircomm.it). *Il diritto commerciale d'oggi*, 2004, 7 del documento.

<sup>51</sup> Va precisato, però, che l'art. 9, c. 1, d.lg. n. 297/1999, recante le norme transitorie e finali, prevede che l'oggetto sociale può ricomprendere anche attività produttive, al fine di agevolare le dismissioni della partecipazione azionaria del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica (MURST, ora MIUR).

<sup>52</sup> È il caso, ad esempio, della «I3C – Intelligent Information Imaging & Control», costituita dall'Università di Salerno per la realizzazione del progetto «Agrimaging – visione multispettrale per l'analisi agro-alimentare».

<sup>53</sup> Nella gran parte dei regolamenti *spin-off* di ateneo, come si è già accennato (v. *supra*, nt. 15), la clausola sull'oggetto sociale precisa quale sarà il «mercato di riferimento» della società-*spin off*.

<sup>54</sup> Nel testo modificato nel 2001 ad opera dell'art. 7 l. 18 ottobre 2001, n. 383 (c.d. Tremonti *bis*”).

<sup>55</sup> Salvo che il ricercatore non lasci trascorrere cinque anni senza attuare l'invenzione, nel qual caso l'ateneo, o ente di ricerca, acquisirà in automatico il diritto al suo sfruttamento gratuito (art. 65, c. 4, c.p.i.).

<sup>56</sup> Criticano la scelta dell'art. 65 c.p.i., in deroga all'art. 64, di riconoscere al ricercatore i diritti sull'invenzione, V. Di Cataldo, *I brevetti per invenzione e per modello di utilità. I disegni e modelli. Artt. 2584-2594*, 3° ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2012, 239 s.; ID., *Le invenzioni delle Università. Regole di attribuzione di diritti, regole di distribuzione di proventi, e strumenti per il trasferimento effettivo delle invenzioni al sistema delle imprese*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 337; A. Vanzetti e V. Di Cataldo, *Ma-*

plica anche nel caso in cui i diritti sull'invenzione siano stati ceduti dal ricercatore all'ateneo, e nel caso ulteriore in cui quest'ultimo li abbia successivamente ceduti a una società *spin-off*<sup>57</sup>.

Se, poi, la s.r.l. persegue un oggetto sociale non lucrativo i soci potranno usufruire delle agevolazioni fiscali disposte per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) dal d.lg. 4 dicembre 1997, n. 460<sup>58</sup>. Rientra in questa ipotesi anche la ricerca scientifica di particolare interesse sociale svolta direttamente da fondazioni ovvero da esse affidata a università, enti di ricerca e altre fondazioni che la svolgono direttamente<sup>59</sup>.

*nuale di diritto industriale*, 6° ed., Milano, Giuffrè, 2009, 424 s. Osservano, in proposito, che il ricercatore non ha, di norma, né l'interesse né i mezzi per seguire la procedura di brevettazione, con il conseguente rischio che l'invenzione resti inattuata; rischio che non si correrebbe se i diritti fossero attribuiti alle università e ai centri di ricerca, salvo il diritto degli inventori a percepire una parte dei proventi. Da questo punto di vista, la disciplina sulle invenzioni dei dipendenti, che, di contro, attribuisce i diritti all'imprenditore/datore di lavoro, non rappresenta un esproprio a danno dell'inventore bensì un modo per assicurare che l'invenzione sia attuata da chi ha i mezzi per investire in attività di ricerca e sviluppo, e per incentivare le università ad impegnarsi in proprio e direttamente a reperire i finanziamenti per la valorizzazione dei prodotti di ricerca: M. Libertini, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, cit., 49 ss. Criticano la nuova formula dell'art. 65 c.p.i. anche A. Musso, *Recenti sviluppi normativi sulle invenzioni «universitarie» (con alcune osservazioni sul regime delle altre creazioni immateriali)*, in *Proprietà intellettuale e concorrenza. Studi in onore di A. Vanzetti*, II, Milano, Giuffrè, 2004, 1061 ss.; L.C. Ubertazzi, *Le invenzioni dei ricercatori universitari*, ivi, 1727 ss.; A. Bax, *Le invenzioni dei ricercatori universitari: la normativa italiana*, in *Dir. ind.*, 2008, 209 ss., segnalando come la disciplina speciale di cui all'art. 65 c.p.i. ponga l'ordinamento italiano in una posizione di isolamento rispetto alla gran parte degli ordinamenti europei, che hanno tutti eliminato (da ultimo la Germania) il privilegio accademico, attribuendo al ricercatore-inventore il diritto morale inalienabile ma non i diritti allo sfruttamento economico. Bisogna, tuttavia, dare conto anche dell'opinione di chi osserva, in positivo, che la disciplina speciale di cui all'art. 65 c.p.i., nell'attribuire al ricercatore i diritti sull'invenzione conferma che l'università "è la sede della ricerca e non è organizzata per produrre invenzioni brevettabili": G. Floridia, *Le invenzioni universitarie*, in *Dir. ind.*, 2007, 321. Non si hanno, peraltro, conferme di una relazione diretta tra l'introduzione del privilegio accademico e l'incremento del numero delle domande di brevetto, che, piuttosto, sembra da attribuire alla diffusione dei regolamenti di ateneo sulla proprietà intellettuale: E. Arezzo, *La tutela e la valorizzazione della ricerca universitaria in tempi di crisi*, in *Impresa e mercato tra liberalizzazioni e regole*, working paper, in [www.orizzontideldiritto-commerciale.com](http://www.orizzontideldiritto-commerciale.com), 2013, spec. 12 del documento.

<sup>57</sup> V. Di Cataldo, *Le invenzioni delle Università. Regole di attribuzione di diritti, regole di distribuzione di proventi, e strumenti per il trasferimento effettivo delle invenzioni al sistema delle imprese*, cit., 343. Nello stesso senso M. Libertini, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, cit., 66.

<sup>58</sup> Il decreto reca la disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale.

<sup>59</sup> Così ai sensi dell'art. 10, c. 1, n. 11, d.lg. 4 dicembre 1997, n. 460. L'ipotesi, peraltro,

Non è, di contro, del tutto chiaro se l'impresa sociale non lucrativa di cui all'art. 2, c. 1, lett. i), d.lg. 24 marzo 2006, n. 155, possa avere all'oggetto sociale attività di ricerca *tout court*<sup>60</sup>.

#### 4. Ambito di utilizzo del modello organizzativo “*spin-off* s.r.l.”

L'art. 2, c. 1, lett. d), d.lg. 27 luglio 1999, n. 297, elenca tra i soggetti ammissibili agli interventi di sostegno alla ricerca le società in genere, ma a ben vedere le società di persone sono poco adatte per via del regime di responsabilità dei soci<sup>61</sup>, e ciò spiega perché tutti i regolamenti di ateneo prevedano che gli *spin-off* universitari e accademici possono costituirsi in forma di società di capitali (più precisamente di s.p.a. e s.r.l., anche consortile), o al più includano, in qualche caso, le cooperative<sup>62</sup>. È piuttosto improbabile la scelta della s.r.l. semplificata, stante, per quest'ultima, il vincolo dell'atto costitutivo-statuto standard di fonte ministeriale<sup>63</sup>, che dunque non consente di modellare la società secondo le esigenze dei soci, e in particolare della componente universitaria.

Nella prassi, la s.r.l. è largamente dominante rispetto alle altre società di capitali<sup>64</sup>, e forma di s.r.l. hanno anche quasi tutti gli *spin-off* del Consi-

sembra marginale, posto che allo *spin-off*, in questo caso, è precluso il perseguimento dello scopo di lucro.

<sup>60</sup> In effetti la formula dell'art. 2, c. 1, lett. i), d.lg. 24 marzo 2006, n. 155, non è precisa, dato che si parla di «ricerca ed erogazione di servizi culturali», e dunque lascia il dubbio se la ricerca sia un possibile oggetto dell'impresa sociale in sé o se l'oggetto sia, piuttosto, la ricerca di servizi culturali (impregiudicato il problema di capire cosa quest'ultima dovrebbe essere): A. Bucelli, *Art. 2. (Utilità sociale)*, in *Disciplina dell'impresa sociale. Commentario*, a cura di M.V. De Giorgi, in NLCC, 2007, 353.

<sup>61</sup> P. Zanelli, *Nuovi percorsi dalla ricerca all'impresa: l'esperienza di Spin-off intrapresa dall'Università di Bologna*, cit., 1467. In effetti anche i dati empirici confermano che nessuno *spin-off* è costituito in forma di società di persone.

<sup>62</sup> Tra le forme organizzative utilizzabili menzionano, insieme a s.p.a. e s.r.l., anche la società cooperativa il regolamento *spin-off* dell'Università di Ferrara e il regolamento *spin-off* dell'Università di Firenze (ma quest'ultimo solo per lo *spin-off* accademico, non anche per lo *spin-off* universitario).

<sup>63</sup> La s.r.l. è ammessa anche nella variante della s.r.l. semplificata: L. Serra, voce *Startup innovativa*, in *Altalexpedia. Enciclopedia giuridica online*, consultato il 6 febbraio 2013, 1 ss. del documento. La s.r.l. semplificata è disciplinata nell'art. 2462 *bis* c.c. Riguardo al modello di atto costitutivo – statuto imposto alla società si v. il format contenuto nel decreto interministeriale 23 giugno 2012, n. 138, emanato dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro dell'economia e finanze.

<sup>64</sup> A titolo esemplificativo, forma di s.r.l. hanno tutti gli *spin-off* delle Università di Ar-



## gli *spin-off* universitari e accademici

glio nazionale delle ricerche (CNR) (alcuni dei quali direttamente partecipati dal consiglio)<sup>65</sup>, dell'Ente per le nuove tecnologie, l'energia e l'ambiente (ENEA)<sup>66</sup>, e dell'Istituto nazionale di fisica nucleare (INFN)<sup>67</sup>. In qualche caso la s.r.l. è prevista addirittura come forma giuridica esclusiva<sup>68</sup>.

Forma di s.r.l. possono avere anche gli incubatori/acceleratori universitari di impresa<sup>69</sup> e le *start-up* eventualmente nate al loro interno. In questa ipotesi, dal momento che fornisce capitale iniziale di rischio alla società *spin-off*<sup>70</sup>, l'incubatore generalmente si assicura una partecipazione di riferimento nel capitale della *start up company*<sup>71</sup>, che non necessariamente è una partecipazione di controllo<sup>72</sup> e che dovrebbe essere temporanea<sup>73</sup>.

Ancora, forma di s.r.l. possono avere gli uffici di valorizzazione dell'attività di ricerca e gli *industrial liaison office* (ILO)<sup>74</sup> (benché l'organizzazione

cavacata, Bergamo, Cagliari, Camerino, Chieti-Pescara («G. d'Annunzio»), Ferrara, Firenze, Genova, Lecce, Milano Bicocca, Milano Cattolica, Milano Politecnico, Milano statale (salvo che per due s.p.a.), Modena-Reggio Emilia, Palermo, Parma, Pavia, Perugia, Piemonte orientale «Matteo Avogadro», Roma «La Sapienza», Roma «Tor Vergata», Salento, Salerno, Sassari, Siena, Teramo, Trieste e Udine, della Scuola superiore Sant'Anna di Pisa e dell'Istituto universitario di Architettura di Venezia (IUAV). Forma di s.r.l. hanno anche quasi tutti gli *spin-off* dell'Università politecnica delle Marche (salve due cooperative), dell'Università di Padova (salvo che per una s.p.a.), dell'Università di Pisa (salvo che per due s.p.a.) e della Scuola internazionale superiore di studi avanzati di Trieste (SISSA) (salvo che per una s.p.a.).

<sup>65</sup> Informazioni a riguardo nel sito [www.cnr.it](http://www.cnr.it). Attualmente gli *spin-off* del CNR sono cinquantotto, dei quali due sono costituiti in forma di s.p.a., tutti gli altri in forma di s.r.l.

<sup>66</sup> Si v. [utt.enea.it](http://utt.enea.it).

<sup>67</sup> Si v. [www.infn.it](http://www.infn.it).

<sup>68</sup> In tal senso l'art. 2, c. 1, del regolamento *spin-off* dell'Università di Trento.

<sup>69</sup> Si distinguono incubatori *profit-oriented*, incubatori *non profit* e incubatori universitari: v. AIFI, *Capitali per lo sviluppo. Ottavo rapporto 2001-2002*, Milano, Pricewaterhousecoopers, 2001, 153 ss.

<sup>70</sup> Nella fase iniziale l'incubatore svolge la funzione tradizionalmente assolta dalle società di *venture capital*: AIFI, *Capitali per lo sviluppo. Ottavo rapporto 2001-2002*, cit., 162.

<sup>71</sup> Negli statuti di queste sono, pertanto, spesso presenti clausole di blocco atte a proteggere l'incubatore-socio da comportamenti opportunistici dei soci imprenditori privati: alcuni esempi in AIFI, *Incubatori privati: realtà internazionale e modello italiano*, Milano, Pricewaterhousecoopers, 2001, 51, testo e nt. 23.

<sup>72</sup> AIFI, *Capitali per lo sviluppo. Ottavo rapporto 2001-2002*, cit., 164.

<sup>73</sup> Nel «caso modello» dell'incubatore della *New Hampshire University* (v. *infra*, nt. 102) la permanenza dell'ateneo nell'incubatore è prevista per un arco di tempo compreso tra i diciotto e i ventiquattro mesi: A. Brett, D.V. Gibson e R.W. Smilor (editors), *University Spin-off companies*, cit., 122.

<sup>74</sup> La scuola superiore Sant'Anna di Pisa e l'Università di Roma «La Sapienza», ad esempio, in luogo dell'Ilo, hanno istituito un ufficio valorizzazione ricerca.

dell'ILO in forma di ufficio sia, allo stato, prevalente)<sup>75</sup>: da questo punto di vista, l'ILO – s.r.l.<sup>76</sup> compete con l'ILO – fondazione universitaria<sup>77</sup>.

Forma di s.r.l. possono avere, infine, le *start up* innovative istituite dal «decreto sviluppo» 2012<sup>78</sup>, per tali intendendosi le società di capitali e cooperative, anche in forma di società europea, costituite in Italia da non oltre quarantotto mesi, non quotate né su un mercato regolamentato né su un internalizzatore sistematico, che abbiano quale oggetto sociale esclusivo lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico<sup>79</sup>; e la medesima forma possono assumere anche gli incubatori di *start up* innovative<sup>80</sup>. È evidente il collegamento tra l'uno e l'altro ambito, essendo gli *spin off* universitari e accademici altrettante *start up* innovative<sup>81</sup>, che, come tali, possono usufruire anche della disciplina introdotta dal decreto sviluppo, se posseggono i requisiti di legge<sup>82</sup>. Qualora

<sup>75</sup> Forma di s.r.l. hanno, ad esempio, «Cà Foscari Formazione e ricerca s.r.l.», con l'Ateneo di Venezia quale socio unico; «Alma Mater s.r.l.», con l'Università di Bologna «Alma Mater studiorum» quale socio unico, e l'Ilo-s.r.l. di Lecce, partecipato al 50% dall'Università del Salento e al 50% dalla Confindustria di Lecce.

<sup>76</sup> Per la valorizzazione del modello «Ilo-s.r.l.» quale alternativa al modello «ILO – fondazione» si v. M. Brozzu, *Studio di fattibilità per la costituzione e l'organizzazione di un industrial liaison office di ateneo*, in [www.unica.it](http://www.unica.it), 15 ss. del documento.

<sup>77</sup> Il modello organizzativo della fondazione universitaria di diritto privato per il sostegno alle attività di ricerca e trasferimento tecnologico è stato introdotto, a norma dell'art. 59, c. 3, l. 23 dicembre 2000, n. 388, dal d.P.R. 24 maggio 2001, n. 254, che reca criteri e modalità per la costituzione di fondazioni universitarie di diritto privato «al fine di realizzare l'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato, nonché per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca».

<sup>78</sup> D.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del paese.

<sup>79</sup> Così l'art. 25, c. 2, d.l. n. 179/2012 (in nt. 87). L'applicazione della disciplina speciale discende dall'iscrizione nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese di cui all'art. 25, c. 8.

<sup>80</sup> L'art 25, c. 3, del decreto detta, peraltro, una norma transitoria in virtù della quale le società di capitali e cooperative già costituite alla data di conversione del decreto legge hanno potuto richiedere la qualifica di *start up* innovativa mediante deposito presso il registro delle imprese di una dichiarazione autocertificativa del possesso dei requisiti richiesti dall'art. 2 del decreto.

<sup>81</sup> G. Endrici, *Tra ricerca e mercato: le società spin off*, cit., 271; C. Vargas Vasserot, *Empresas de base tecnologica («spin-offs») academicas: especial referencia a las lagunas y contradicciones de su regulación*, in *Rev. de derecho mercantil*, 2012, 66.

<sup>82</sup> C. Vargas Vasserot, *Empresas de base tecnologica («spin-offs») academicas*, cit., 86 ss. Analogamente, in Spagna gli *spin off* di matrice universitaria possono usufruire della *ley organica de universidades* 21 dicembre 2011, n. 6, come anche della disciplina sulla *joven empresa innovadora* di cui alla *disposición adicional tercera* della legge stessa.

l'ateneo sia socio pubblico e unico lo *spin-off* assume i connotati della società *in house providing* se ricorrono gli elementi costitutivi richiesti dal legislatore comunitario<sup>83</sup>. È anche ammessa l'ipotesi di *in house providing* pluripersonale, o plurisoggettivo (nel caso in cui soci dello *spin-off* siano più atenei e/o soggetti pubblici quali camere di commercio), alla sola condizione che gli interessi dei soci pubblici non siano tra loro divergenti<sup>84</sup>.

## 5. *Spin-off* universitario e disciplina della s.r.l.

Il tipo della s.r.l. è congeniale alle esigenze dello *spin-off*<sup>85</sup>, quale società (in fase di) *start up*<sup>86</sup>, soprattutto in ragione del modesto capitale iniziale, della (normalmente) ristretta base sociale<sup>87</sup>, della centralità riconosciuta ai rapporti tra i soci e delle più ampie tipologie di conferimenti, che possono consistere, oltre che in *copyright*, brevetti, licenze, conoscenze e innovazioni tecnologiche, disponibilità di laboratori e del personale annesso<sup>88</sup>, anche in opere e servizi<sup>89</sup>. Nello *spin-off* universitario, tra l'altro, i conferimenti di immobili, anche nella forma del comodato d'uso<sup>90</sup>, sono i più fre-

<sup>83</sup> In particolare, la proprietà interamente pubblica del capitale, la prevalenza (dell'attività svolta a favore dell'ente pubblico) cioè la sua sostanziale collocazione fuori mercato, e l'esercizio, da parte dell'ente pubblico sullo *spin-off*, di un controllo analogo a quello che esercita sui propri uffici: sul punto sia consentito rinviare a M. Cossu, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti e A. Mazzoni, Torino, Giappichelli, 2011, 243 ss.

<sup>84</sup> Per l'ipotesi in cui l'ILO abbia i connotati dell'*in house providing* v. M. Brozzu, *Studio di fattibilità per la costituzione e l'organizzazione di un industrial liaison office di ateneo*, cit., 21 del documento.

<sup>85</sup> R. Pennisi, *L'attività inventiva dei ricercatori universitari. Strumenti di finanziamento, sfruttamento dei risultati e spin-off accademico*, in *Annali del seminario giuridico*, IV, Milano, Giuffrè, 2004, 444.

<sup>86</sup> Per lo *spin off* come specie all'interno del *genus start up* innovativa v. *supra*, nel testo, fine par. 4.

<sup>87</sup> G. Endrici, *Tra ricerca e mercato: le società spin off*, cit., *loc. ult. cit.* Per alcune considerazioni sulla s.r.l. quale modello di «piccola» società sia consentito rinviare a M. Cossu, *Le «piccole» società chiuse*, in AA.VV., *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, Giappichelli, 2007, 164.

<sup>88</sup> L'art. 4, c. 1, del regolamento *spin-off* dell'Università di Catania contempla, ad esempio, il conferimento di quote parte di brevetti, laboratori e personale.

<sup>89</sup> P. Masi, *Riforma del diritto societario e società speciali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, 2, *Diritto commerciale. Società*, Milano, Giuffrè, 2005, 2961.

<sup>90</sup> P. Zanelli, *Nuovi percorsi dalla ricerca all'impresa: l'esperienza di Spin-off intrapresa dal-*

quenti e in qualche modo privilegiati<sup>91</sup>, specie se l'ateneo funge da incubatore *in house providing* dello *spin-off*.

Altri vantaggi connessi alla forma della s.r.l. sono legati alla disciplina delle partecipazioni e alla possibilità di modulare in vario modo, attraverso lo statuto, il ruolo dell'ateneo quale socio, ad esempio attribuendogli una quota più che proporzionale alla partecipazione<sup>92</sup>, o diritti particolari, *ex art.* 2468, c. 3, c.c. Oltre a ciò, nella s.r.l. la possibilità di controllare/limitare/precludere la circolazione delle partecipazioni è massima<sup>93</sup>.

Quanto alla dimensione della partecipazione, l'ateneo non è mai il socio di maggioranza (né, per la verità, normalmente è interessato a farlo), in quanto non è in grado di sostenere per intero l'impegno finanziario necessario a sviluppare il prodotto o la tecnologia dei quali lo *spin-off* è licenziatario<sup>94</sup>.

Anche l'esiguo capitale minimo richiesto per la costituzione rappresenta un vantaggio organizzativo<sup>95</sup>: il fatto che i dati empirici attestino la dominanza assoluta della s.r.l. conferma che la *thin capitalization* è percepita come un vantaggio, o un'opportunità, e non come un limite<sup>96</sup>, salvo che, ov-

*l'Università di Bologna*, cit., 1470, ove l'A. ipotizza il comodato di beni, mezzi, strutture con oneri a carico del comodatario, secondo l'art. 180 c.c.

<sup>91</sup> V., a titolo di esempio, il regolamento *spin-off* dell'Università di Genova, che all'art. 6, c. 2, precisa che «[l]'apporto dell'Università al capitale dello *spin off* consisterà in conferimento preferibilmente di beni, concessi in uso».

<sup>92</sup> A.J.M. De Jong, *La gestione delle spin-off accademiche*, cit., 10.

<sup>93</sup> G. Endrici, *Tra ricerca e mercato: le società spin off*, cit., spec. 266; P. Zanelli, *Nuovi percorsi dalla ricerca all'impresa: l'esperienza di Spin-off intrapresa dall'Università di Bologna*, cit., 1467. Sul punto v. meglio *infra*, par. 5.

<sup>94</sup> M. Libertini, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, cit., 61.

<sup>95</sup> È noto che la *thin capitalization* è considerata un vantaggio per gli *special purpose vehicle* nelle operazioni di cartolarizzazione attuate attraverso cessione dei crediti cartolarizzabili a una società-veicolo, che sono anche dette, per via di questo aspetto, *capital free vehicle*: A. Giannelli, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2002, 942 s.; L. Carota, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti del mercato finanziario*, diretto da E. Gabrielli e R. Lener, 2° ed., Torino, Utet, 2010, 1518. Una dotazione pesante di mezzi finanziari propri incrementerebbe parecchio, tra l'altro, i costi dell'operazione: C. Rucellai, *I problemi legati allo sviluppo della securitisation in Italia: prospettive di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 116.

<sup>96</sup> Del che è conferma anche nella dottrina aziendalistica, per la quale v. G. Grossi e P. Ruggiero, *Lo spin-off accademico. Attori ed ambiente nella fase di gestazione aziendale*, Padova, Cedam, 2008, 171 s.

viamente, la società non intenda accedere al mercato dei capitali di rischio, nel qual caso la scelta della s.p.a. è obbligata<sup>97</sup>.

L'esiguità del capitale presenta, per la verità, anche qualche aspetto problematico, poiché rende rischioso il ricorso a prestiti o forme di finanziamento<sup>98</sup>, ivi compresi i titoli di debito a circolazione mediata e garantita di cui all'art. 2483 c.c.<sup>99</sup>. D'altra parte, è vero che sebbene gli *spin-off* azionari abbiano a disposizione una vasta congerie di strumenti di finanziamento, la forma più diffusa nella pratica resta il capitale di rischio<sup>100</sup>, mentre sono poco utilizzati sia i canali di finanziamento tradizionali<sup>101</sup> che gli strumenti di finanza strutturata<sup>102</sup> e i canali di finanziamento «informali» quali i *business angel*. Non a caso una parte degli utili netti è, di norma, destinata all'autofinanziamento<sup>103</sup>.

È da segnalare, tuttavia, che gli *spin-off* accademici che siano in possesso dei requisiti legislativi della *start up* innovativa, potranno usufruire delle norme in materia di raccolta di capitali di rischio tramite portali *on line* con-

<sup>97</sup> Il ricorso al tipo della cooperativa, come si è detto, è del tutto residuale (v. *supra*, nt. 61, 63).

<sup>98</sup> M. Granieri, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori*, cit., 77.

<sup>99</sup> L'art. 2483, c. 1, autorizza gli statuti di s.r.l. a prevedere l'emissione di titoli di debito.

<sup>100</sup> M. Granieri, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori*, cit., loc. *ult. cit.*

<sup>101</sup> M. Granieri, *Circolazione (mancata) dei modelli e ricerca delle soluzioni migliori*, cit., p. 78. Il finanziamento bancario è poco praticabile, data la forte asimmetria informativa che scoraggia le banche dal fornire finanziamenti: G. Grossi e P. Ruggiero, *Lo spin-off accademico. Attori ed ambiente nella fase di gestazione aziendale*, cit., 105, nt. 48. Anche i *venture capitalist*, del resto, sono, di norma, gravati dalle stesse difficoltà: N. Baldini, R. Fini e R. Grimaldi, *The transition towards entrepreneurial Universities: an assessment of academic entrepreneurship in Italy*, in A.N. Link, D.S. Siegel e M. Wright (editors), *University of Chicago Handbook on Technology Transfer*, Chicago, Univ. Press, 2013, 3 del documento, consultato da ultimo il 19 giugno 2013. Non a caso, nell'esperienza nordamericana il problema delle asimmetrie informative è affrontato creando *network* specifici che «incrociano» i *venture capitalist* disponibili con le imprese interessate a ottenere finanziamenti (come il modello sviluppato dall'Università del *New Hampshire* e descritto in A. Brett, D.V. Gibson e R.W. Smilor (editors), *University Spin-off companies*, cit., 124. Un *business angels network* (BAN Veneto) è presente presso l'Università di Padova: v. [www.unipd.it](http://www.unipd.it).

<sup>102</sup> È recente la costituzione di alcuni fondi comuni di investimento immobiliare e destinati al *venture capital* in settori innovativi (come *Principia Fund* e *Principia II*, gestiti dalla società di gestione del risparmio (SGR) *Principia*).

<sup>103</sup> Così l'art. 6, c. 3, del regolamento *spin-off* dell'Università di Milano Bicocca, che prevede la destinazione del 5% degli utili netti, dedotta la quota di riserva legale, a una riserva facoltativa fino al raggiungimento di un decimo del capitale sociale.

tenute nel regolamento Consob sull'*equity crow funding*<sup>104</sup>, che contempla, in sostanza, una fattispecie di *start up* innovativa che nasce da uno *spin-off* accademico.

## **6. La configurazione statutaria e parasociale dello *spin-off* s.r.l. alla luce dei regolamenti di ateneo. Alcuni spunti di *best practice* statutaria.**

È da premettere che per volontà del d.lg. n. 297/1999 i regolamenti di ateneo hanno un'impostazione fortemente "conformativa" e predeterminano, per buona parte, i contenuti dell'atto costitutivo – statuto dello *spin-off*<sup>105</sup>, che, ai sensi del c. 2, possono essere sottoscritti soltanto da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale, che, in caso di successiva circolazione, rispondono della solvenza della società emittente nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali o soci della società.

Residua, comunque, un margine di autonomia statutaria che può essere adeguatamente sfruttato.

Del pari, i regolamenti di ateneo spesso valorizzano il rapporto tra disciplina statutaria e parasociale: è abituale, infatti, che lo statuto imponga ai soci diversi dall'ateneo o dal dipartimento, o dalla componente accademica<sup>106</sup>, di sottoscrivere vincoli parasociali contestualmente alla costituzione della società<sup>107</sup>. Nel complesso, dunque, la forma della s.r.l. si presta a soddi-

<sup>104</sup> All'interno del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. secondo decreto sviluppo), che ha introdotto in Italia la società (di capitali) *start up* innovativa, l'art. 25, c. 2, n. 2, identifica la variante della *start up* innovativa accademica, quale *start up* innovativa che impiega come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore a un terzo della forza lavoro, dottori di ricerca o dottorandi presso un'università italiana o straniera, o laureati che abbiano svolto attività di ricerca certificata per almeno tre anni presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero, ovvero, in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva, personale in possesso della laurea magistrale. Ora, la *start up* innovativa accademica, al pari di tutte le *start up* innovative, può usufruire della disciplina sull'*equity crow-funding* di cui al regolamento contenuto nella delibera Consob 26 giugno 2013, n. 18592.

<sup>105</sup> G. Endrici, *Tra ricerca e mercato: le società spin off*, cit., 271 s.

<sup>106</sup> A seconda che si tratti, rispettivamente, di *spin-off* universitario o di *spin-off* accademico.

<sup>107</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 3, c. 5, del regolamento *spin-off* dell'Università di Firenze, il quale prevede che gli altri soci stipulino con l'ateneo patti parasociali valevoli per la durata massima di cinque anni ma rinnovabili alla scadenza, e che regolino, in particolare, gli obblighi dei soci nel caso di aumento del capitale e di trasferimento delle partecipazioni, e in ma-

## gli *spin-off* universitari e accademici

sfare efficacemente le esigenze concrete degli *spin-off* universitari e accademici e dei loro soci. Quanto alla misura della partecipazione dell'ateneo o della componente accademica<sup>108</sup>, di norma i regolamenti prevedono una soglia massima, al fine di evitare un impegno finanziario eccessivo. Di fatto, come si è già detto<sup>109</sup>, la prassi statutaria attesta che sia l'università che il personale accademico aspirano a ricoprire un ruolo da *socio di minoranza autorevole, o influente*, per cui la soglia non dovrà essere né troppo alta né insignificante<sup>110</sup>. Riguardo alla permanenza dell'ateneo o della componente accademica nella compagine sociale, la previsione di una durata massima è solo eventuale<sup>111</sup>.

Deve essere vagliata con attenzione, invece, l'opportunità di prevedere per statuto partecipazioni non proporzionali ai conferimenti ai sensi dell'art. 2468, c. 2, c.c. Questo genere di clausola da un lato può contribuire a preservare il ruolo apicale dell'ateneo nella compagine societaria<sup>112</sup>, e può con-

tertia di nomina dei componenti dell'organo amministrativo e di controllo; l'art. 3, c. 3, del regolamento *spin-off* dell'Università del Molise, a mente del quale i soci diversi dall'ateneo devono sottoscrivere con l'ateneo stesso patti parasociali per la durata di almeno dieci anni, con particolare riferimento alle delibere di aumento del capitale sociale a pagamento, alle altre modifiche statutarie e all'opzione di vendita agli altri soci riconosciuta all'ateneo; l'art. 3, c. 3, del regolamento *spin-off* dell'Università di Urbino, che obbliga alla stipulazione di patti parasociali e impone ai soci diversi dall'ateneo di ripianare le perdite e partecipare al contestuale aumento del capitale sempre in misura proporzionale, al fine di mantenere inalterata la partecipazione dell'ateneo.

<sup>108</sup> Rispettivamente, negli *spin off* universitari in senso stretto e negli *spin off* accademici.

<sup>109</sup> V. anche *supra*, par. 4.

<sup>110</sup> È frequente nei regolamenti la clausola che limita al 10% la soglia di capitale che l'ateneo, o la componente accademica, possono sottoscrivere: G. Endrici, *Tra ricerca e mercato: le società spin off*, cit., 267, ma in vari casi la soglia si attesta anche sul 15 o sul 30%: un'ampia casistica in M. Brozzu, *Studio di fattibilità per la costituzione e l'organizzazione di un industrial liaison office di ateneo*, cit., 12 ss. Di norma i regolamenti escludono una partecipazione troppo elevata: G. Cabras, *Promozione di imprese e spin-off nei centri pubblici di ricerca*, cit., 9 del documento, ma non mancano i casi in cui la soglia massima sfiora la maggioranza assoluta: così l'art. 2 del regolamento *spin-off* dell'Università di Torino, che colloca la soglia di partecipazione dell'ateneo tra il 5% e il 49% del capitale.

<sup>111</sup> Così, ad esempio, l'art. 13, c. 1, del regolamento *spin-off* dell'Università statale di Milano, che prevede per l'ateneo la partecipazione massima di otto anni (di norma); l'art. 7 del regolamento *spin-off* dell'Università del Molise, che prevede la permanenza massima di tre anni (prorogabile solo per un altro triennio dietro delibera motivata del consiglio di amministrazione dell'ateneo); l'art. 4, c. 1, del regolamento *spin-off* dell'Università di Trento stabilisce la durata massima dello *spin-off* in cinque anni.

<sup>112</sup> G. Cabras, *Promozione di imprese e spin-off nei centri pubblici di ricerca*, cit., 8 del documento.

sentire di assegnare una partecipazione maggiore a un socio d'opera, a un tecnico, a uno specialista fornito di particolari capacità o risorse finanziarie. Di contro, risulta, ovviamente, pericolosa là dove le partecipazioni più che proporzionali non siano riservate all'ateneo ma offerte agli (o anche agli) altri soci.

Riguardo alla circolazione delle partecipazioni, un vantaggio della scelta della s.r.l. rispetto alla s.p.a. sta nel fatto che sia nello *spin-off* universitario che nello *spin-off* accademico clausole statutarie di blocco, o adeguati sindacati parasociali di blocco, possono impedire cambiamenti nella compagine sociale attuale<sup>113</sup> sia a tempo determinato<sup>114</sup> che anche a tempo indeterminato<sup>115</sup>.

Sono, poi, frequenti le clausole di *lock in*, con le quali i soci si vincolano reciprocamente a tenere comportamenti prestabiliti in occasione della vendita della partecipazione<sup>116</sup>.

Quanto alla disciplina del capitale, di frequente i regolamenti prevedono che la sottoscrizione sia accompagnata, alternativamente, dal versa-

<sup>113</sup> Sulle c.d. clausole di *lock-up*, che lo statuto può congegnare sia come clausole derogabili da parte dei soci che come clausole inderogabili, v., senza specifico riferimento agli *spin-off*, A. Feller, *Articolo 2469. Trasferimento delle partecipazioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da M. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, *Società a responsabilità limitata*, Milano, Egea, 2008, 341.

<sup>114</sup> Così, ad esempio, l'art. 4, c. 1, del regolamento *spin-off* dell'Università di Siena, prevede che le componenti accademiche non possano alienare la propria partecipazione prima di tre anni dalla costituzione dello *spin-off*.

<sup>115</sup> È noto che ai sensi, rispettivamente, dell'art. 2355 *bis*, c. 1, e dell'art. 2341 *bis*, c. 1, le limitazioni statutarie e parasociali alla circolazione delle partecipazioni nella s.p.a. non possono eccedere la durata di cinque anni.

<sup>116</sup> Le clausole di *lock in* importano l'impegno da parte dei soci fondatori, degli amministratori e dei dirigenti a non vendere le rispettive partecipazioni. Appartiene alla categoria la clausola di *co vendita*, o *tag along*, con la quale un socio, solitamente quello di maggioranza, che intenda vendere a un terzo la propria partecipazione, viene obbligato a procurare la vendita delle rispettive partecipazioni anche agli altri soci (solitamente di minoranza). E alla medesima categoria appartiene anche la clausola di *drag along option*, che consente a ciascun socio, in sede di vendita della partecipazione, di obbligare gli altri soci a vendergli le proprie. «La clausola è, solitamente, intesa ad aumentare il valore della partecipazione sociale venduta, consentendo al titolare del diritto di *drag along* di ottenere migliori condizioni nella negoziazione, considerata la possibilità per l'acquirente di acquistare il 100% del capitale e di non avere scomodi soci di minoranza»: voce *Tag along e drag along (clausole di)*, in *Dizionario di diritto commerciale*, diretto da G. Cabras e C. Brescia Morra, *cit.*; adde AIFI, *Capitali per lo sviluppo. Ottavo rapporto 2001-2002*, *cit.*, 165, testo e nt. 7; B. Szego, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, in *Banca d'Italia. Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 55, giugno 1992, 24.



mento effettivo o da una fideiussione<sup>117</sup>, e talvolta sono previste clausole di postergazione della partecipazione dell'ateneo alle perdite<sup>118</sup>.

Può risultare utile una clausola statutaria che richieda, per l'adozione delle delibere di aumento del capitale a pagamento, il voto favorevole dell'ateneo o della componente accademica, al fine di scongiurare l'indebolimento del suo peso: ad esempio un diritto di veto<sup>119</sup> o un altro meccanismo che deroghi al principio maggioritario<sup>120</sup>.

È anche consigliabile inserire specifiche ipotesi di recesso, eventualmente per giusta causa, con conseguente diritto di prelazione nell'acquisto della partecipazione del recedente da parte degli altri soci<sup>121</sup>. Il diritto di prelazione, peraltro, potrà essere attribuito alla componente universitaria ovvero alla componente privata a seconda della proporzione che si intenda mantenere tra esse.

Specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa, ad esempio dei soci finanziatori privati inadempienti, possono servire, poi, a censurare i comportamenti idonei a compromettere l'attività dello *spin-off*.

Lo statuto può, inoltre, prestabilire le modalità di uscita dell'ateneo là dove lo desidera, e indicare i criteri di determinazione del valore della partecipazione anche tenendo conto dei profitti generati dalla società fino al momento effettivo del recesso<sup>122</sup>.

Non prive di aspetti problematici (sebbene frequentemente previste) sono, invece, le clausole statutarie e parasociali del tipo *put* e *call*, cioè, rispettivamente, le opzioni di vendita (talvolta in alternativa al diritto di recesso) e di acquisto della partecipazione in via privilegiata rispetto a qualsiasi altro acquirente ad un dato prezzo<sup>123</sup> (e, in questo secondo caso, il cor-

<sup>117</sup> Così l'art. 4, c. 3, del regolamento *spin-off* dell'Università di Udine.

<sup>118</sup> Così l'art. 3, c. 2, lett. *b*), del regolamento *spin-off* dell'Università di Bologna; l'art. 3, c. 2, lett. *b*), del regolamento *spin-off* dell'Università di Siena, che prevede, per i primi tre anni dalla costituzione dello *spin-off*, che la partecipazione dell'ateneo sia postergata nella partecipazione alle perdite; l'art. 5, c. 2, lett. *b*), del regolamento *spin-off* dell'Università della Tuscia.

<sup>119</sup> Si v. P. Zanelli, *Nuovi percorsi dalla ricerca all'impresa: l'esperienza di Spin-off intrapresa dall'Università di Bologna*, cit., 1470, che ipotizza, alternativamente, la previsione statutaria di una condizione espressa in virtù della quale l'aumento di capitale può avere luogo (solo) se l'Ateneo vi aderisce, o la previsione di una maggioranza rafforzata per l'adozione della delibera di aumento che richieda, di necessità, l'adesione dell'ateneo.

<sup>120</sup> R. Pennisi, *L'attività inventiva dei ricercatori universitari*, cit., 446. La possibilità di derogare al principio maggioritario è enunciata negli artt. 2479, c. 6, e 2479 *bis*, c. 3, c.c.

<sup>121</sup> R. Pennisi, *L'attività inventiva dei ricercatori universitari*, cit., 446 ss.

<sup>122</sup> Ancora G. Cabras, *Promozione di imprese e spin-off nei centri pubblici di ricerca*, cit., loc. *ult. cit.*

<sup>123</sup> Un'opzione «call» è prevista, ad esempio, nei patti parasociali di alcuni *spin-off* dell'Università di Roma «La Sapienza».

relativo obbligo, per gli altri soci, di fare entrare l'aspirante), dato che l'ateneo, o la componente accademica, potrebbero trovarsi a non controllare completamente i mutamenti della compagine sociale<sup>124</sup>.

La prassi statutaria rivela anche la frequenza di clausole che vincolano i soci a tenere comportamenti prestabiliti, in generale, in tutte le decisioni rilevanti di governo societario. Anche diritti particolari, specie amministrativi, riservati all'ateneo o alla componente universitaria possono essere utili in questa prospettiva, quali opzioni che sono in grado di rafforzare la loro posizione nei confronti degli altri soci in occasione delle modifiche dell'atto costitutivo o quando si trovino a contrattare il valore della partecipazione, cioè nei casi di liquidazione o vendita<sup>125</sup>.

Può, infine, essere prevista, eventualmente anche in forma di diritto particolare, una clausola che stabilisca un diritto di veto a favore dell'ateneo o della componente accademica avverso modifiche statutarie idonee a intaccare il loro ruolo<sup>126</sup>, così come una "clausola di chiusura" che attribuisca il diritto di recesso per ogni ipotesi in cui venga meno anche una sola tra le condizioni presenti al momento della costituzione dello *spin-off*<sup>127</sup>, quindi anche in occasione di rilevanti modifiche statutarie o di cambiamenti della compagine sociale.

Riguardo al governo, è da valutare la possibilità di attribuire all'università o alla componente accademica poteri di governo ampi, e anche non proporzionali al capitale sottoscritto, e di riservare agli stessi, ad esempio in

<sup>124</sup> Cfr., tra gli altri, l'art. 7, c. 1, del regolamento *spin-off* dell'Università di Ferrara, che prevede, in alternativa, il diritto di vendita ovvero il diritto di recesso esercitabile ad un prezzo determinato sulla base del valore di mercato della medesima quota; l'art. 4, c. 1, lett. b), del regolamento *spin-off* dell'Università di Perugia, ove è disposto che «un'opzione di vendita della partecipazione dell'Università nello *spin-off* sia esercitabile dalla stessa nei confronti degli altri soci sia prima che allo scadere dei patti parasociali, nonché in ipotesi di cambiamenti significativi dell'originaria attività o in occasione di aumento di capitale, ad un prezzo comunque non inferiore al valore nominale della partecipazione, che sarà determinato sulla base del valore dell'attivo netto inclusivo delle immobilizzazioni immateriali da un esperto indipendente al momento dell'esercizio dell'opzione tenendo conto del valore di mercato dello *spin-off* a tale data»; l'allegato 2 al regolamento *spin-off* di ateneo del Politecnico di Milano, che impone un patto parasociale con clausola di opzione *put*, la quale fissi per la vendita della partecipazione del politecnico un prezzo pari al valore di patrimonio netto della partecipazione.

<sup>125</sup> G. Cabras, *Promozione di imprese e spin-off nei centri pubblici di ricerca*, cit., loc. ult. cit.

<sup>126</sup> Prevede, ad esempio, l'art. 4, c. 5, lett. h), del regolamento *spin-off* dell'Università di Teramo che la modifica delle clausole inserite nell'atto costitutivo e nello statuto a tutela della partecipazione dell'università sia possibile solo con il consenso dell'università stessa.

<sup>127</sup> In tal senso l'art. 3, c. 2, ult. parte, del regolamento *spin-off* dell'Università di Urbino.

forma di diritto particolare, la nomina di un certo numero di amministratori<sup>128</sup>.

Analogo diritto può essere attribuito per la nomina dei componenti dell'organo di controllo, se presente<sup>129</sup>.

Ancora, mutuando i modelli contrattuali delle *joint venture* lo statuto potrebbe prevedere adeguati poteri di controllo a favore della componente privata se la gestione e la connessa responsabilità sono attribuite al socio pubblico, o, viceversa, a favore della componente pubblica in un modello nel quale gestione e responsabilità sono attribuite al socio, o ai soci, privati<sup>130</sup>.

#### *Abstract*

*The study aims to reconstruct in a systematic way the legal framework of university and academic spin-offs in the form of italian limited liability company (società a responsabilità limitata – s.r.l.).*

*The s.r.l, in many ways, is the organizational form best suited to the needs of the university and academic spin-offs, which is made evident by the fact that according to the empirical data the shape of the «s.r.l.» is dominant.*

*The study also intends to present a model of articles of association for university and/or academic spin-offs, illustrating the terms more congenial to the achievement of its economic function.*

<sup>128</sup> G. Cabras, *Promozione di imprese e spin-off nei centri pubblici di ricerca*, cit., 9 del documento.

<sup>129</sup> G. Cabras, *Promozione di imprese e spin-off nei centri pubblici di ricerca*, cit., loc. ult. cit.

<sup>130</sup> G. Cabras, *Promozione di imprese e spin-off nei centri pubblici di ricerca*, cit., loc. ult. cit.



FABIO DI CRISTINA

## RISULTATI E PROSPETTIVE DELLA VALUTAZIONE DELLA RICERCA NELL'AREA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. La valutazione multiforme della ricerca e i suoi risultati: una delimitazione necessaria. – 2. Le finalità e le regole della valutazione della ricerca: la VQR. – 3. I risultati e la coscienza collettiva. – 3.1. *Multum in parvo*: i presupposti per la tenuta dei risultati. – 3.2. I metodi di valutazione. – 3.3. Le garanzie procedurali. – 3.4. La «graduatoria di area», i costi e la ripartizione dei fondi premiali. – 3.5. L'internazionalizzazione della ricerca giuridica. – 3.6. Competizione e cooperazione. – 3.7. L'effetto San Matteo e le punizioni. – 3.8. (*segue*) La produttività degli accademici. – 3.9. La riservatezza e l'anonimato. – 3.10. La classificazione delle riviste: dai *rating* agli «indicatori di prodotto». – 3.11. Quale divario territoriale nella ricerca giuridica? – 4. La solidità dell'edificio: il «regime» della valutazione e l'ipotesi della Regina rossa.

### **1. La valutazione multiforme della ricerca e i suoi risultati: una delimitazione necessaria**

Il tema della valutazione della ricerca viene normalmente accostato ad alcuni principi costituzionali, quali la libertà di insegnamento e l'autonomia universitaria (art. 33 Cost.) o la promozione della ricerca scientifica e tecnica (art. 9 Cost.)<sup>1</sup>. Esso, inoltre, ha orientato gli intenti del legislatore, che ha subordinato la distribuzione di parte delle risorse per il finanziamento dell'università ai risultati della valutazione, accantonando il criterio della

<sup>1</sup> A. Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali (1990)*, in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, 1399 ss. Il filone di indagine aveva già preso avvio nel periodo post-unitario. Si vedano, in particolare, S. Spaventa, *L'autonomia universitaria (1884)*, in *Il resistibile declino dell'università (1896)*, a cura di G. Marotta e L. Sichirollo, Milano, Guerini e associati, 1999, 123 ss.; A. Labriola, *L'università e la libertà della scienza*, ibidem, 171 ss. Per riflessioni più recenti, si rimanda a G. Pugliese Carratelli, *Libertà di ricerca e di insegnamento e funzione dell'università di Stato (1987)*, ibidem, 391 ss.; S. Cassese, *Le vicende normative della ricerca scientifica dal 1950 al 1989*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, vol. 2, *Problemi attuali del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, 121 ss.; G. Corso, *La libertà della scienza*, in *Il Consiglio nazionale delle ricerche*, a cura di G. Corso e A. La Spina, Bologna, Il Mulino, 1994.

spesa storica. Il tema attiene, infine, alle regole a presidio dell'organizzazione e del funzionamento delle attività valutative, da impostarsi a seconda degli obiettivi da perseguire.

Il sistema universitario italiano, specialmente a seguito della dibattuta riforma del 2010, conosce molteplici forme di valutazione *ex post* della ricerca: quella che spetta agli atenei e ai nuclei di valutazione; quella che vede impegnati, dall'esterno, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR) quale *medium* per il reclutamento; quella che spetta alle commissioni nazionali nell'ambito dell'Abilitazione scientifica alle funzioni di professore di I e II fascia<sup>2</sup>; quella promossa dalla stessa Agenzia per la valutazione delle «strutture» (università e loro dipartimenti, enti di ricerca e consorzi interuniversitari). Su questa scia, l'Accademia dei Lincei, in una mozione del 20 aprile 2012, ha affermato che «il compito di valutazione della qualità della ricerca scientifica affidato all'ANVUR riveste un ruolo fondamentale con ricadute, dirette o indirette, sia per la ripartizione dei finanziamenti delle università e degli enti di ricerca, sia per le procedure di valutazione comparativa per la selezione dei docenti universitari, sia per l'influenza che può esercitare sulla formazione delle nuove leve di ricercatori, sia per gli effetti che si possono determinare sugli orientamenti delle ricerche»<sup>3</sup>.

Le forme valutative cui si è fatto cenno sono costituite da tratti comuni e, al contempo, da elementi che le differenziano fortemente: condividono, in taluni casi, metodi e criteri di valutazione (si pensi alla «revisione dei pari»); posseggono, in tutti i casi, capacità diverse di produrre effetti ed «influenze». La cosiddetta Abilitazione scientifica nazionale (ASN), ad esempio, è finalizzata a circoscrivere il gruppo di studiosi che potrà ambire ad esercitare le funzioni di professore di I o II fascia all'interno delle università italiane dopo l'espletamento dei concorsi locali; la cosiddetta Valutazione della qualità della ricerca (VQR 2004-2010), come anticipato, è funzionale alla valutazione delle strutture e alla ripartizione di fondi ministeriali; quella condotta dai nuclei di valutazione d'ateneo verifica le prestazioni specifiche nella ricerca e nell'attività didattica.

<sup>2</sup> In tal caso, la fase della valutazione è stata sostituita, di fatto, da una mera misurazione dei requisiti quantitativi (c.d. mediane) degli aspiranti candidati commissari e da uno *screening* dei loro curricula, limitato alle pubblicazioni di natura scientifica. A questa fase ha fatto seguito un sorteggio per la composizione delle commissioni nazionali.

<sup>3</sup> Accademia nazionale dei Lincei, *Mozione della Classe di Scienze morali, Storiche e Filologiche. Criteri di valutazione della ricerca scientifica nelle Scienze morali con riferimento all'attività dell'ANVUR*, adunanza del 20 aprile 2012, 1.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

Sebbene non si possa trascurare il *fil rouge* che riconduce ad unità il tema della valutazione nelle sue differenti declinazioni, una delimitazione dello stesso si rende quantomeno necessaria. Si è scelto, quindi, di considerare quale elemento autonomo la Valutazione della qualità della ricerca (VQR 2004-2010), di separare le riflessioni da quelle di portata più ampia che attengono alla valutazione complessiva nelle scienze umane e sociali (le c.d. *humanities*), di dar conto, infine, delle specificità dei risultati della valutazione nelle sole scienze giuridiche e delle prospettive che ne possono discendere.

La scelta è stata compiuta per tre ragioni legate alla struttura della valutazione e per due legate alle sue specificità rispetto all'oggetto, ossia la ricerca in campo giuridico.

La VQR 2004-2010, ispirata, seppur con varianti di rilievo, al *Research Assessment Exercise* anglosassone<sup>4</sup> e conclusa in Italia nel 2013, è l'unica forma di valutazione, tra quelle citate in precedenza, che presenta due caratteristiche fondamentali. In primo luogo, mira ad offrire un panorama verosimile (si badi, verosimile, non completo, come si specificherà nel paragrafo seguente) dello stato della ricerca scientifica italiana. In secondo luogo, essa produce effetti vincolanti sull'assegnazione di parte della quota premiale del fondo di finanziamento ordinario (sul punto si tornerà in maniera approfondita).

La Valutazione della qualità della ricerca 2004-2010 è l'unica che ha raccolto dati e informazioni aggregati secondo una logica coerente ed omogenea. Lo stesso ragionamento non potrebbe applicarsi, ad esempio, al procedimento di abilitazione scientifica nazionale: ogni commissione ha stabilito autonomamente propri criteri di valutazione, definendo quante e quali pubblicazioni scientifiche hanno valore e quali concorrono ad attribuire un titolo abilitativo individuale. La scelta, come è ovvio, risente delle specificità culturali di ogni settore concorsuale (se non di ogni settore scientifico-disciplinare) ed è, per ciò stesso, di difficile comparabilità.

La VQR 2004-2010, poi, è l'unica forma valutativa che riflette l'autonomo giudizio della comunità accademica nei confronti di se stessa. È l'unica, in altre parole, che prende in esame l'orizzonte temporale più ampio possibile e che ha impegnato contemporaneamente valutatori provenienti da università, scuole e ambienti culturali altamente diversificati tra loro che

<sup>4</sup> Esso ha una lunga tradizione: è stato concluso nel 1986, nel 1989, nel 1992, nel 1996, nel 2001 e nel 2008. È stato sostituito dal *Research Excellence Framework* (REF), a valere sulla ricerca prodotta tra il 2008 e il 2013, la cui conclusione è prevista per il 2014.

hanno formulato un giudizio, in media, su circa trenta lavori scientifici a testa, di autore diverso. In tal senso l'ASN condensa il giudizio di pochi esperti (i commissari); l'attività dei nuclei di valutazione ha ad oggetto la qualità del corpo docente di un solo ateneo.

Alle tre considerazioni sin qui esposte, se ne aggiungano, come anticipato, altre due. Le scienze giuridiche hanno, rispetto alle scienze umane e sociali, peculiarità che rendono possibile, se non utile, separare le considerazioni sulla valutazione della ricerca in ambito letterario, storico, politologico o economico. Ancora una volta, si può convenire sulla sostanziale identità dei metodi di valutazione, salvo ricordare che, nell'esercizio di valutazione italiano, si è reso necessario separare l'area storica da quella psicologica, visto che quest'ultima ha utilizzato criteri di valutazione di tipo bibliometrico, e che buona parte dell'area economica ha utilizzato criteri valutativi basati su *rating* di riviste scientifiche dagli effetti vincolanti. Si può ancora convergere sulla necessità di un dibattito «di sistema» che, tuttavia, non tralasci le specificità dei saperi e degli approcci culturali alla valutazione. Proprio per questo motivo, è parso utile declinare i risultati della valutazione della ricerca nelle scienze giuridiche e non interrogarsi sulla valutazione in se stessa. Le considerazioni che seguono non offrono, pertanto, una teodicea della valutazione ma, più modestamente, uno sguardo alla sua manifestazione storica<sup>5</sup> nel campo giuridico. Si tratta, quindi, di abbracciare una prospettiva più circoscritta ma, proprio per questo, legata fortemente a dati di realtà e a sguardi più concreti.

Infine, il fatto che si possa ragionare, senza pericolo di riduzionismo, sulla qualità della ricerca e sui risultati (non, lo si ribadisce, sulla valutazione in sé) in una specifica branca della scienza quale quella giuridica, è circostanza confermata dal funzionamento degli esercizi di valutazione condotti all'estero. È bene ricordare, però, che alcune istituzioni culturali di assoluto prestigio, quali la *Royal Academy of Arts and Sciences* olandese, hanno pubblicato studi e documenti sulla valutazione nelle scienze sociali ispirati ad una logica accomunante<sup>6</sup> e a metodologie omogenee per tutte le *humanities*. D'altra parte, il *Wissenschaftsrat* tedesco ha recentemente evidenziato le pe-

<sup>5</sup> G.W. Leibniz, *Essai de théodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal* (1710), trad. it. *Saggi di teodicea sulla bontà di Dio, la libertà dell'uomo e l'origine del male*, Milano, Bompiani, 2005.

<sup>6</sup> Royal Netherlands Academy for Arts and Sciences, *Quality Indicators for Research in the Humanities*, 2011, e *Towards a Framework for the Quality Assessment of Social Science Research*, 2013. Il primo è stato stilato dal *Committee on Quality Indicators in the Humanities*, il secondo dal *Quality Indicators in the Social Sciences Committee*.



## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

culiarità della ricerca giuridica<sup>7</sup>, tanto da poter avviare una riflessione finanche sugli elementi che la differenziano rispetto alle altre scienze sociali (uno su tutti, il tradizionale e forte aggancio alla pratica e ai suoi aspetti «professionali»). Su questa falsariga, peraltro, gli esercizi di valutazione anglosassone, australiano, francese e italiano, tra gli altri, hanno utilizzato regole di funzionamento diverse (su tutte, quelle relative ai criteri stabiliti dai *panel*) a seconda delle peculiarità delle diverse discipline storiche, politologiche, giuridiche, economiche o letterarie<sup>8</sup>.

Ciò che seguirà non è, quindi, un contributo al dibattito sul metodo quanto, giova ribadirlo, sui risultati e sulle loro prospettive. Esso, dunque, vuole porsi in posizione intermedia tra la riflessione pura sulla valutazione nelle scienze umane e sociali, che necessariamente comprende quella sulla scienza giuridica e sulle sue indubbie specificità, e quella sull'uso degli esercizi di valutazione per finalità di «politica scientifica»<sup>9</sup>.

### 2. Le finalità e le regole della valutazione della ricerca: la VQR

La Valutazione della qualità della ricerca, modellata sulle esperienze dei principali Paesi europei, è stato un esercizio di proporzioni uniche<sup>10</sup>. Per la prima volta in Italia, e nella sola area giuridica, sono stati sottoposti a «revisione dei pari» (*peer review*) oltre 12.000 lavori scientifici, sono stati impegnati oltre 1.400 esperti *referee* esterni appartenenti a quasi 150 sedi italiane e straniere, un Gruppo di esperti della valutazione (GEV) composto da tren-

<sup>7</sup> Wissenschaftsrat (*German Council of Science and Humanities*), *Perspektiven der Rechtswissenschaft im Deutschland. Situationen, Analysen, Empfehlungen*, 2012, 2 ss.

<sup>8</sup> In riferimento all'esercizio di valutazione italiano, non si può certo dire che le varie componenti delle scienze umane e sociali abbiano adottato regole e criteri (e non metodi) di valutazione troppo simili, che abbiamo promosso un coinvolgimento comparabile delle consulte e delle società scientifiche nazionali, che abbiano riscontrato una produzione scientifica inter-area assimilabile per numerosità e tipologie prescelte, che abbiano deciso di attribuire ai *rating* di riviste scientifiche gli stessi effetti e che abbiano, infine, prodotto dati facilmente raffrontabili o addirittura comparabili.

<sup>9</sup> Tratta l'argomento G. Sirilli, *La sfida della valutazione nelle scienze umane e sociali*, in [www.roars.it](http://www.roars.it), 22 aprile 2013. La domanda che l'autore si pone, a margine dei principali esercizi di valutazione europei, è «[...] qual è stato l'uso a fini di politica scientifica di questi esercizi di valutazione?». Si tratta di un interrogativo di fondamentale importanza ma che, come precisato, esula dal tema dello scritto.

<sup>10</sup> Sul punto, L. Zoppoli, *La valutazione della ricerca giuridica davanti all'alibi delle procedure: tra scetticismo, isteresi e tradimenti dei chierici ("casta" o "mercato"?)*, in *Abilitazione scientifica per i professori universitari*, a cura di F. Carinci e M. Brollo, Milano, Ipsos, in part. 217.

tasette docenti ordinari italiani e stranieri e ventidue «gruppi di consenso» interni allo stesso Gruppo di esperti. Sono stati pubblicati, nel corso del 2013, i risultati della valutazione di tutti gli atenei e gli enti di ricerca che, all'interno del territorio nazionale, ospitano giuristi e promuovono ricerca in questo specifico campo del sapere.

L'intero procedimento, nel sottoporre a valutazione un campione, piccolo ma significativo, della «produzione» scientifica del corpo accademico pubblicata tra il 2004 e il 2010, ha impiegato tre anni per esaurirsi del tutto. Ha prodotto, infine, effetti vincolanti sul piano della ripartizione delle risorse di natura premiale che impegneranno il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca nella fase di integrazione dell'efficacia<sup>11</sup>.

Pur necessariamente prescindendo, poiché non è questa la sede per evidenziarne l'evoluzione, dalle diverse sensibilità mostrate dalla comunità dei giuristi rispetto ai temi della valutazione della ricerca, nonché dalle regole che l'hanno disciplinata nel corso degli anni, è sufficiente richiamare il «prevalente distacco» con cui il tema è stato tradizionalmente affrontato<sup>12</sup>. Se si pensa che sino a qualche anno fa la c.d. «valutazione dell'attività di ricerca» era interamente rimessa alle autorità accademiche e che il rispetto di taluni requisiti di «produttività» era funzionale al solo ottenimento di scatti stipendiali individuali<sup>13</sup>, ci si rende immediatamente conto del considerevole ribaltamento di prospettiva avvenuto nel 2010<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Si veda l'art. 3 del d.m. 8 agosto 2013, n. 700.

<sup>12</sup> G. della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, in *Il lav. nelle pubbl. amm.*, n. 3-4, 2012, in part. 485, anche in *Abilitazione scientifica per i professori universitari*, a cura di F. Carinci e M. Brollo, cit.

<sup>13</sup> Per il legislatore del 2009, (art. 3-ter, l. 9 gennaio 2009, n. 1) «Gli scatti biennali di cui agli artt. 36 e 38 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, destinati a maturare a partire dal 1° gennaio 2011, sono disposti previo accertamento da parte della autorità accademica della effettuazione nel biennio precedente di pubblicazioni scientifiche. I criteri identificanti il carattere scientifico delle pubblicazioni sono stabiliti con apposito decreto del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, su proposta del Consiglio universitario nazionale e sentito il Comitato di indirizzo per la valutazione della ricerca. La mancata effettuazione di pubblicazioni scientifiche nel biennio precedente comporta la diminuzione della metà dello scatto biennale. I professori di I e II fascia e i ricercatori che nel precedente triennio non abbiano effettuato pubblicazioni scientifiche individuate secondo i criteri di cui al c. 2 sono esclusi dalla partecipazione alle commissioni di valutazione comparativa per il reclutamento rispettivamente di professori di I e II fascia e di ricercatori».

<sup>14</sup> *La crisi del potere accademico in Italia. Proposte per il governo delle università*, a cura di G. Capano e G. Tognon, Il Mulino, Bologna, 2008, *passim*. Si veda anche D. Nelken, *Corruption as governance? Law, transparency and appointment procedures in Italian Universities*, in *Rules of law and laws of ruling. On the governance of law*, ed. by F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, J. Eckert Farnham, Ashgate, 2009, 257 ss.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

La c.d. legge Gelmini<sup>15</sup>, in tale più generale contesto, non definisce in termini precisi cosa debba intendersi per «valutazione della ricerca», sebbene si imputi al legislatore di quegli anni di averla introdotta nell'ordinamento con le caratteristiche attuali. L'art. 1 della legge, rubricato «principi ispiratori della riforma», dispone che il Ministero «indichi obiettivi e indirizzi strategici per il sistema [universitario] e le sue componenti» e che ne verifichi e valuti, tramite l'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca (ANVUR), «i risultati secondo criteri di qualità, trasparenza e promozione del merito, anche sulla base delle migliori esperienze diffuse a livello internazionale, garantendo una distribuzione delle risorse pubbliche coerente con gli obiettivi, gli indirizzi e le attività svolte da ciascun ateneo, nel rispetto del principio della coesione nazionale, nonché con la valutazione dei risultati conseguiti».

Accanto alla valutazione *ex alto*, la legge Gelmini contempla forme pervasive, almeno in base alla *littera legis*, di valutazione interna. In base all'art. 2, infatti, le università, che hanno modificato i propri statuti concordemente con quanto disposto dalla legge stessa, avrebbero dovuto attribuire ai nuclei di valutazione alcuni compiti strettamente legati alla valutazione della ricerca. Infatti, i nuclei avrebbero assunto la «funzione di verifica dell'attività di ricerca svolta dai dipartimenti». È poi l'art. 5, c. 3, lett. b), contenente una delega al governo, a promuovere l'introduzione di un sistema di valutazione periodica basato su criteri e indicatori stabiliti *ex ante*, da parte dell'ANVUR, dell'efficienza e dei risultati conseguiti nell'ambito della didattica e della ricerca dalle singole università e dalle loro articolazioni interne<sup>16</sup>. È lo stesso legislatore, pertanto, ad aver attribuito al governo, tramite delega, i compiti di «incentivazione» della qualità tramite la costruzione di

<sup>15</sup> L. 30 dicembre 2010, n. 240, recante «Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario».

<sup>16</sup> Non si dimentichi, poi, quanto stabilito dall'art. 9 relativamente al c.d. «Fondo per la premialità»: «È istituito un Fondo di ateneo per la premialità di professori e ricercatori tenuto conto di quanto previsto dall'art. 1, c. 16, della l. 4 novembre 2005, n. 230, cui affluiscono le risorse di cui all'art. 6, c. 14, ultimo periodo, della presente legge. Ulteriori somme possono essere attribuite a ciascuna università con decreto del Ministro, in proporzione alla valutazione dei risultati raggiunti effettuata dall'ANVUR. Il Fondo può essere integrato dai singoli atenei anche con una quota dei proventi delle attività conto terzi ovvero con finanziamenti pubblici o privati. In tal caso, le università possono prevedere, con appositi regolamenti, compensi aggiuntivi per il personale docente e tecnico amministrativo che contribuisce all'acquisizione di commesse conto terzi ovvero di finanziamenti privati, nei limiti delle risorse del Fondo non derivanti da finanziamenti pubblici».

un sistema valutativo del tutto nuovo, e della susseguente valutazione, del sistema universitario in base ai principi del merito e della coesione nazionale.

Va inoltre segnalato che l'art. 2, c. 4, del d.P.R. 1 febbraio 2010, n. 76, precedente rispetto alla legge Gelmini, ha previsto che l'ANVUR assumesse i compiti già attribuiti al Comitato nazionale di valutazione del sistema universitario (CNVSU) e al Comitato italiano di valutazione della ricerca (CIVR) «anche innovando rispetto ai metodi e alle procedure da essi adottate»<sup>17</sup>. La valutazione della qualità della ricerca, in questo senso, è condensata in forme del tutto peculiari e trova nel decreto del Presidente della Repubblica che istituisce l'Agenzia di valutazione il suo fondamento diretto.

La valutazione assume, per esplicita previsione normativa, effetti precisi sulla ripartizione di una parte della quota premiale del fondo di finanziamento ordinario (FFO), così come disposto, tra l'altro, dal d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19<sup>18</sup>, attuativo della riforma Gelmini. Un ragionamento non dissimile può essere condotto per il fondo di finanziamento degli enti di ricerca (FOE), salvo ricordare che l'unico ente impegnato a promuovere ricerca giuridica in Italia è il Consiglio nazionale delle ricerche e che non sono previsti, per la ripartizione del FOE, criteri strettamente equiparabili a quelli per il FFO<sup>19</sup>.

Sono poi le regole stabilite dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca nel 2011 (d.m. 15 luglio 2011) ad aver definito criteri e modalità di svolgimento della valutazione, al pari di un bando pubblicato dall'ANVUR il 7 novembre dello stesso anno e approvato con delibera 13/2011 del Consiglio direttivo dell'Agenzia, che ha definito lo svolgimento delle procedure valutative. Il bando, mantenendo necessariamente

<sup>17</sup> «[...] si devono segnalare alcuni tratti [...] che impongono di distinguere il processo di valutazione svolto sotto la direzione del CIVR da quello attuale. Essi attengono alla natura volontaria della sottoposizione al processo di valutazione, alla sua ampiezza, agli effetti che ne conseguono». Così G. della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, cit., in part. 491.

<sup>18</sup> Recante norme in tema di «Valorizzazione dell'efficienza delle università e conseguente introduzione di meccanismi premiali nella distribuzione di risorse pubbliche sulla base di criteri definiti *ex ante* anche mediante la previsione di un sistema di accreditamento periodico delle università e la valorizzazione della figura dei ricercatori a tempo indeterminato non confermati al primo anno di attività, a norma dell'art. 5, c. 1, lett. a), della l. 30 dicembre 2010, n. 240».

<sup>19</sup> Sino all'entrata in vigore del d.l. 12 settembre 2013, n. 104 (art. 23), che ha modificato l'art. 4 della legge di riordino degli enti di ricerca, dei risultati della valutazione per gli enti doveva solo «tenersi conto».

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

ferma la logica propria delle regole ministeriali, ha specificato quali indicatori sarebbero stati utilizzati per valutare complessivamente le strutture universitarie<sup>20</sup> e per “pesarle” in relazione alla ripartizione dei fondi ministeriali di matrice premiale.

In base agli artt. 8 e 9 del d.m. 15 luglio 2011, al Gruppo di esperti della valutazione di ciascuna area CUN è affidato il compito di valutare la qualità (*recte*, sia di valutare direttamente che di promuovere la valutazione mediante esperti esterni al Gruppo stesso) di ciascuna delle pubblicazioni scientifiche selezionate dalle strutture (per l'area giuridica, dagli atenei e dall'unico ente di ricerca che promuove studi giuridici) per giungere ad una graduatoria (*ranking*) delle strutture stesse. Sebbene si sia dato conto, nella pubblicazione dei risultati, anche della valutazione dei dipartimenti, tale attività è semplicemente un riflesso di quella svolta dall'ANVUR. L'Agenzia, responsabile della pubblicazione, ha aggregato i dati per offrire specifici profili di qualità e utili indicazioni alle sedi istituzionali e agli organi di governo, di ateneo.

Al Gruppo di esperti è stato altresì affidato il compito di redigere (e di inviare all'ANVUR) il c.d. «rapporto finale»<sup>21</sup>. Questo è articolato in tre parti distinte e necessarie: un *consensus report* (valutazione conclusiva delle pubblicazioni frutto dell'attività dei *referee* e dei gruppi di consenso istituiti in base ai «*Criteri per la valutazione dei prodotti di ricerca*» del Gruppo di esperti); una «graduatoria di area» (*ranking* delle strutture, ordinato per segmenti dimensionali, che deriva dai punteggi attribuiti ad ogni singola pub-

<sup>20</sup> Indicatore di qualità della ricerca (IRAS1): è quello che deriva dall'attività di valutazione degli esperti *referee* e del Gruppo di esperti della valutazione ed è l'unico che sia veramente basato su un procedimento di stretta *valutazione* e non sulla *misurazione*; indicatore di attrazione risorse (IRAS2): misura i finanziamenti ottenuti partecipando a bandi competitivi; indicatore di mobilità (IRAS3): misura le valutazioni ottenute da professori e ricercatori neoassunti tra il 2004 e il 2010 o incardinati, nel medesimo periodo, in fascia superiore; indicatore di internazionalizzazione (IRAS4): misura la mobilità degli studiosi in uscita e in entrata, nonché le valutazioni ottenute da «prodotti di ricerca» con almeno un coautore straniero; indicatore di alta formazione (IRAS5): misura il numero di dottorandi, assegnisti di ricerca, ricercatori *post-doc*; indicatore di risorse proprie (IRAS6): misura l'utilizzo di risorse finanziarie proprie degli atenei per progetti di ricerca; indicatore di miglioramento (IRAS7): misura la differenza tra l'indicatore IRAS1 ottenuto nella VTR 2001-2003 e lo stesso indicatore ottenuto nella VQR 2004-2010. Vi sono poi otto indicatori di «terza missione» che misurano l'ammontare delle risorse finanziarie ottenute: conto terzi (ITMS1); brevetti (ITMS2); *spin-off* (ITMS3); incubatori (ITMS4); consorzi (ITMS5); siti archeologici (ITMS6); poli museali (ITMS7); altre attività di «terza missione» (ITMS8).

<sup>21</sup> Il *Rapporto*, la cui versione definitiva è del 4 luglio 2013, è stato reso disponibile su [www.anvur.org/rapporto](http://www.anvur.org/rapporto) dal 16 luglio 2013.

blicazione); una «relazione finale di area» (predisposta dal coordinatore del Gruppo di esperti d'intesa con i componenti<sup>22</sup>).

Il quadro sin qui delineato appare composito e, spesso, contraddistinto da un rimbalzo di oneri tra organi impegnati nella valutazione e nella definizione dei suoi effetti, nonché da un grado di concordanza tra i rapporti redatti dai singoli Gruppi di esperti e quello redatto dall'Agenzia che è apparso di difficile definizione. Il legislatore ha visto nell'ANVUR, più che nel Ministero, il soggetto al quale attribuire (o scaricare) la responsabilità di valutare le attività di ricerca scientifica.

Se non all'autonoma determinazione dei Gruppi di esperti, non sono stati rimessi ufficialmente all'Agenzia metodi di raccordo ufficiale con le sedi della rappresentanza accademica. Tale circostanza, apparentemente banale, ha suscitato forti perplessità e critiche sul *modus operandi* dell'Agenzia. Ha generato, infine, dubbi e confusione, in particolar modo, sulla differenza tra misurazione e valutazione, tra valutazione e abilitazione<sup>23</sup>, tra *rating* qualitativi e *ranking* funzionali alla ripartizione delle risorse, tra responsabilità politica e dell'amministrazione.

### 3. I risultati e la coscienza collettiva

Ne «*La divisione del lavoro sociale*»<sup>24</sup>, Emile Durkheim afferma che la coscienza collettiva, quale insieme di sedimentate credenze di un gruppo legato da vincoli di solidarietà, è alla base della coesione sociale. Si è appunto cercato di chiarire, di recente<sup>25</sup>, come un esercizio di precisa «distinzione» fosse doveroso. Occorre, in tale prospettiva, offrire spunti di riflessione per un dibattito consapevole circa quelle credenze al fine rinnovare il vincolo di vici-

<sup>22</sup> Essa riassume la metodologia adottata per la valutazione; l'organizzazione del lavoro, le modalità di risoluzione di eventuali conflitti di valutazione; l'analisi dell'area e dei punti di forza e di debolezza in relazione a qualità, quantità e proprietà delle pubblicazioni selezionate; l'indicazione, se possibile, di eventuali interventi migliorativi.

<sup>23</sup> *Ex multis*, F. Riccobono, *Correggere la rotta della valutazione della ricerca giuridica*, in *Munus*, n. 3, 2011, 667 ss., nonché G. Grasso, *La valutazione della ricerca nell'ambito delle scienze giuridiche: a margine di due recenti documenti del CUN e dell'ANVUR su criteri e parametri per la valutazione dei candidati e commissari dell'abilitazione scientifica nazionale*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D'Elia, G. Tiberi e M.P. Viviani Schlein, Milano, Giuffrè, 2012, 331 ss., in cui la opportuna distinzione sembra ancora sfuggente.

<sup>24</sup> E. Durkheim, *De la division du travail social*, trad. it. *La divisione del lavoro sociale (1893)*, Milano, Einaudi, 1999.

<sup>25</sup> G. della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, cit., in part. 486.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

nanza, intimo alla comunità degli studiosi, che, spesso, è stato messo in ombra da ingiustificate trincee e arroccamenti difensivi sui temi della valutazione.

È certamente più agevole, alla fine del procedimento di valutazione della qualità della ricerca, sgombrare il campo da alcuni equivoci iniziali e, al contempo, fornire una chiave di lettura di alcuni risultati della valutazione, senza alcuna pretesa di esaurire il patrimonio informativo ormai pubblico e lasciando parte delle prospettive future, volutamente aperte, alle conclusioni.

La riflessione sui risultati della valutazione attiene, oltre che ai necessari presupposti concettuali circa la loro tenuta e credibilità, ai metodi di valutazione, alle garanzie adottate, al *ranking* di area e alla ripartizione dei fondi premiali, all'internazionalizzazione della ricerca giuridica, alla competizione tra studiosi, alle penalizzazioni a carico degli atenei e alla produttività del corpo accademico, alla tutela della riservatezza, agli «indicatori di prodotto» delle riviste scientifiche, al potenziale divario territoriale nella ricerca che la VQR 2004-2010, nel suo complesso, non sembra far emergere. Di tutti questi elementi, in particolare, si darà conto.

### 3.1. *Multum in parvo: i presupposti per la tenuta dei risultati*

La tenuta dei risultati della valutazione della qualità della ricerca nelle scienze giuridiche, ma anche, evidentemente, in tutte le aree di cui all'intervolazione del Consiglio universitario nazionale, dipende essenzialmente da tre presupposti, tutti stringenti e potenzialmente forieri di un dibattito teorico acceso.

Il primo è che il campione dei lavori scientifici valutati sia lo specchio della ricerca italiana, in ossequio al motto latino «*multum in parvo*»: il piccolo campione considerato riflette le caratteristiche intrinseche del tutto. La produzione scientifica valutata, per i quasi 4.700 professori e ricercatori in materie giuridiche che compongono una parte del sistema universitario nazionale, è assunta come altamente rappresentativa. Se così non fosse, il rapporto diretto tra valutazione e ripartizione delle risorse sarebbe fortemente indebolito, tanto da poter essere messo in discussione.

Il secondo presupposto, basilare, è che esista un certo grado di corrispondenza tra la ricerca condotta dai giuristi *uti singuli* e la ricerca ascrivibile agli atenei, agli enti di ricerca e, quali sottostrutture, ai dipartimenti. Se tale presupposto, che è evidentemente una *factio*, venisse meno, nessun esercizio di valutazione potrebbe essere funzionale alla ripartizione risorse pubbliche alle strutture. Potrebbe servire, semmai, a premiare i singoli studiosi<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Per l'appunto, la stessa VQR 2004-2010 mira a *valutare* la ricerca e assume l'identità

Inoltre, non va dimenticato che il d.m. 15 luglio 2011 impegna le “strutture” a scegliere i lavori scientifici da sottoporre a valutazione.

Il terzo assunto di base, infine, è legato alle caratteristiche intrinseche del campione considerato. Si presuppone che i risultati della valutazione siano astrattamente estendibili all'intero fenomeno della ricerca scientifica nelle scienze giuridiche. In altri termini, si assume esplicitamente che la produzione scientifica sottoposta a valutazione sia la *migliore* pubblicata tra il 2004 e il 2010 e che, per ciò stesso, le dimensioni ridotte del campione considerato si riappropriino, così, di senso e rappresentatività del meglio che la ricerca italiana può offrire<sup>27</sup>.

### 3.2. I metodi di valutazione

Lo spauracchio degli indicatori di tipo bibliometrico, nonché della c.d. «scientometria» applicata alla ricerca giuridica, ha accompagnato buona parte delle fasi preparatorie del processo di valutazione (e anche parte del suo avvio, così come del suo svolgimento)<sup>28</sup>.

È bene fare chiarezza. Le regole ministeriali, in particolare il d.m. 15 luglio 2011, prevedono che la valutazione della qualità della ricerca si basi *alternativamente* su indicatori di tipo bibliometrico (*impact factor* delle riviste ponderato rispetto al numero di citazioni del singolo articolo su rivista e viceversa) o sulla revisione dei pari. La scelta di quest'ultimo metodo di valutazione è stata adottata dai «promotori» della valutazione nelle scienze giuridiche sin da principio.

cui si è fatto cenno. Essa, al contempo, *misura* la produzione scientifica e ne fa scaturire precise conseguenze sul piano dell'attribuzione delle risorse finanziarie pubbliche.

<sup>27</sup> Il fatto che la valutazione della qualità della ricerca nelle scienze giuridiche si basi sul metodo della «*expert review*», intrinsecamente soggettivo ma non per questo arbitrario, non deve sorprendere. «As with previous RAEs, the assessment process is based on expert review. Each sub-panel will examine the submissions made in its UOA, taking into account all the evidence presented. Each sub-panel will use its professional collective judgment to form an overall view about each submission and recommend to the main panel an overall quality profile to be awarded to each submission made in its UOA. The primary outcome of the panels' work will be an overall quality profile awarded to each submission, to be published in December 2014». Così si legge nel documento sui *Panel criteria and working methods del REF 2014* anglosassone, disponibile su [www.ref.ac.uk/media](http://www.ref.ac.uk/media).

<sup>28</sup> Non mancano, nella riflessione scientifica sul tema, esempi di aderenza alla definizione di «indici bibliometrici». In tal senso, A. Baccini, *Valutare la ricerca scientifica*, Bologna, Il Mulino, 2010. Secondo l'autore, gli indicatori bibliometrici, se costruiti correttamente, fornirebbero un aggregato di informazioni complementare alla valutazione della qualità della singola pubblicazione scientifica.



## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

Nell'area giuridica, la valutazione non è più, conclusasi la VQR 2004-2010, un problema di metodo<sup>29</sup>: non esistono, allo stato attuale della riflessione e della condivisione nella comunità scientifica, *metodi* di valutazione. Esiste, semmai, *un metodo* che, seppur intimamente soggettivo, ha dato prova, come si specificherà, di notevole tenuta.

La dialettica sulla solidità scientifica degli indicatori di tipo bibliometrico, tra l'altro, rappresenta un fertile terreno di scontro all'interno della comunità accademica. Non dovrebbe rappresentarlo, invece, all'interno di quella porzione di accademici che appartiene all'area delle scienze umane e sociali (definite spesso impropriamente in negativo, specialmente dagli addetti ai lavori, quali «aree non bibliometriche», quasi che l'impiego di criteri di valutazione vagamente oggettivi sia l'*optimum* cui tendere).

D'altro canto, anche il dibattito all'interno delle aree delle scienze dure e della comunità degli esperti di valutazione dovrebbe essere arricchito da due elementi: i criteri di valutazione del *Panel C* impegnato nel *Reaserch Assessment Exercise* anglosassone, i quali escludono la tenuta di indicatori bibliometrici; la recente (e particolarmente critica) *Declaration on Research Assessment (DORA)* di San Francisco, cui si rimanda interamente, per economia della trattazione<sup>30</sup>. Non si tratta, quindi, di enucleare i metodi che meglio si adattano a valutare i diversi saperi, bensì di verificare se questi siano idonei o meno a rappresentare la qualità della ricerca, a prescindere dal loro ambito di applicazione. La verifica non può che essere condotta rispetto al corretto funzionamento *di sistema* del metodo e alla sua intrinseca coerenza, non, nel caso di metodi naturalmente basati su un giudizio soggettivo, rispetto al grado di rappresentatività, che rimane anch'esso soggettivo e derivante da precise scelte di criteri e parametri per valutare. In altri termini, le definizioni aprioristiche di metodo, nel caso in esame, sono inadeguate anche rispetto a branche del sapere diverse dalle scienze umane e sociali.

Il criterio di falsificabilità (*Fälschungsmöglichkeit*)<sup>31</sup>, quindi, può essere

<sup>29</sup> C. Cascione, *La valutazione della ricerca giuridica: un problema di metodo*, in *Munus*, n. 3, 2011, in part. 660-661.

<sup>30</sup> Sulle esperienze dei principali Paesi europei e degli Stati Uniti, *amplius*, G. della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, cit., in part. 495. Inoltre, occorre considerare che «Il ripudio delle tecniche bibliometriche non è soltanto comune ai settori disciplinari d'impronta umanistica, ma occupa uno spazio crescente nella riflessione di studiosi delle scienze che un tempo si chiamavano esatte». Così M. Brutti, *Per una valutazione concordata e consapevole della ricerca giuridica*, in *Munus*, n. 3, 2011, 655.

<sup>31</sup> Figlio dell'epistemologia, vale a maggior ragione per le argomentazioni e per la dialettica. K.R. Popper, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica. Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano, Il Saggiatore, 1984, 23.

considerato valido anche in relazione a quei metodi, criteri o indici, tipici delle c.d. *hard sciences*, che appaiono consolidati all'interno degli ambienti istituzionali. Che sia utile o meno alla riflessione sul punto, va detto che l'applicazione della revisione dei pari nelle scienze giuridiche ha dato prova di coerenza interna, nei termini richiamati in precedenza: in media, infatti, il grado di concordanza tra esperti *referee* ed il grado di minima discordanza hanno sfiorato, in tutti i settori scientifico-disciplinari dell'area giuridica, il 78%.

Occorre considerare, poi, che l'utilizzo degli indicatori bibliometrici «tipici» nelle scienze giuridiche è, oggi, sostanzialmente impossibile. Ciò accade, per tacere di aspetti relativi alla loro pregnanza scientifica, per ragioni strettamente tecniche. Questa constatazione di realtà prescinde, sia chiaro, dai giudizi di merito sull'idoneità della bibliometria quale strumento di misurazione o valutazione e sull'opportunità di utilizzare *database* commerciali di proprietà privata, quali *ISI Web of Knowledge* e *SciVerse SCOPUS*, per finalità pubbliche quali la valutazione finalizzata alla distribuzione di risorse.

La presenza di riviste giuridiche italiane all'interno delle due basi di dati appena citate, infatti, è del tutto episodica (se ne conta una decina, straniere, sulle oltre 630 selezionate dai valutati). Inoltre, solo l'1% degli articoli su rivista (circa lo 0,03% del totale dei lavori scientifici) valutati nell'ambito della VQR 2004-2010 per le scienze giuridiche è stato pubblicato all'interno di riviste presenti in uno di quei due contenitori di informazioni da cui si ricavano gli indici bibliometrici di cui al d.m. 15 luglio 2011.

L'analisi di quel campione, tra l'altro, mostra che le valutazioni bibliometriche tendono ad essere sistematicamente più severe di quelle «dei pari», a riprova del fatto che se anche la ripartizione fissa delle soglie di valutazione prevista dall'art. 8, c. 4, del d.m. 15 luglio 2011<sup>32</sup>, è stata seguita per le valutazioni bibliometriche, gli articoli giuridici che presentano un elevato numero di citazioni e che sono, al contempo, pubblicati su riviste ad alto fattore di impatto si contano sulle dita di una mano. A ciò deve aggiungersi la circostanza che il «giurista medio» pubblica prevalentemente contributi in volumi collettanei o si impegna in ricerche pluriennali che sfociano in monografie. Dunque, la sua produzione è, allo stato attuale, immune dagli indicatori bibliometrici tradizionali.

<sup>32</sup> Tale ripartizione, contenuta nel d.m. 15 luglio 2011, si riferiva ad una proporzione «20%-20%-10%-50%» tra valutazioni «eccellenti, buone, accettabili, limitate» nel definire le soglie valutative bibliometriche (non, come da possibile interpretazione letterale, la *percentuale* di lavori scientifici appartenente ad una delle quattro classi, ovvero il loro numero complessivo).

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

Questioni di altra natura, ma non per questo slegate dalla precedente, sono quelle relative agli *standard* qualitativi delle collane monografiche quali strumenti complementari, di ausilio, alla revisione dei pari, nonché alla necessaria articolazione dei criteri valutativi adottati. Date le quattro classi di merito previste dalle regole ministeriali («eccellente», «buono», «accettabile», «limitato»), l'effetto statistico di tipo «gaussiano» è stato forte: ben il 62% delle valutazioni dei lavori scientifici, ossia quasi i due terzi, si è attestato sulle due classi intermedie, tagliando fuori le ali<sup>33</sup>.

Si aggiunga, infine, che l'esercizio di valutazione della qualità della ricerca giuridica ha dato piena cittadinanza a tutti i generi letterari, persino alle traduzioni (non alle note a sentenza meramente compilative o alle curatele sprovviste di un autonomo contributo scientifico del curatore). Il dibattito sui generi letterari scientifici si è basato sulla convinzione, confermata dal novero dei generi ammessi a valutazione, che anche le note a sentenza per così dire «brevi» ma dotate di un impianto concettuale rilevante potessero rappresentare altrettanti ponti verso l'avanzamento della dottrina giuridica, nonché verso l'elaborazione ed il perfezionamento delle sue conquiste<sup>34</sup>. Dunque, esistono, come già accennato, generi letterari sottratti, per loro intrinseca natura, alla valutazione bibliometrica e che sono, per la tradizione giuridica del nostro Paese, luoghi di elaborazione scientifica tanto quanto lo sono le riviste. Tale circostanza, se tralasciata, finirebbe per focalizzare la riflessione in modo monotematico e discriminatorio.

### 3.3. Le garanzie procedurali

Il metodo della valutazione dei pari è quello che si attaglia meglio

<sup>33</sup> Lo stesso Gruppo di esperti della valutazione dell'area giuridica, nel suo *Rapporto finale*, disponibile su [www.anvur.org/rapporto](http://www.anvur.org/rapporto), ha affermato che «Va attentamente considerata [...] insieme alla necessità di migliorare le modalità di gestione dell'infrastruttura tecnologica e di precisare che la partecipazione alle attività di valutazione costituisce un fattore rilevante in sede di valutazione dell'apporto dei singoli alla comunità scientifica, l'esigenza di considerare che vari tipi di valutazioni, svolte in diversi periodi di tempo e su diversi tipi di lavori scientifici possono richiedere diversi criteri e metodi per valutare quei lavori, per esempio mettendo a regime, nei singoli atenei, forme di accertamento della produttività scientifica riguardanti l'intera attività svolta in un certo periodo di tempo o, all'opposto, riguardanti soltanto i prodotti che un determinato studioso o gruppo di studiosi include tra quelli che ritiene eccellenti».

<sup>34</sup> Potrebbe citarsi l'esempio relativo alle celeberrime note di Federico Donato Busnelli in merito alla sciagura di Superga, pubblicate all'inizio degli anni '70 dal *Foro italiano*, che hanno consentito importanti passi avanti nella teoria della tutela dei diritti assoluti e della responsabilità aquiliana.

degli altri alla scienza giuridica. È un metodo basato sul merito, sulla comparazione e sulla responsabilità di chi valuta. Non è stato scelto, tuttavia, sulla base dell'assunto che la valutazione debba essere «cieca» (*blind*), anonima, ossia sulla convinzione che il valutatore non debba sapere chi è l'autore del lavoro scientifico che sta esaminando<sup>35</sup>. La garanzia dell'anonimato dei *referee* esterni che, come si dirà nel par. 3.9, è stata ribadita dallo stesso Presidente dell'Autorità di garanzia per la protezione dei dati personali, è elemento naturale della valutazione della qualità della ricerca anche, evidentemente, nel campo del diritto.

Si potrebbe argomentare che l'anonimato dei revisori e le modalità della loro scelta (la continuità della produzione scientifica negli ultimi cinque anni, la competenza, l'estensione geografica delle sedi universitarie di appartenenza, in Italia e all'estero) non rappresentino un adeguato presidio all'*accountability* e non siano verificabili dagli interessati. Che vi siano aree «grigie» di potenziale conflitto di interesse che pochi o nessuno possano intravedere è fuor di dubbio. Che l'intero processo di valutazione della ricerca nelle scienze giuridiche sia stato contraddistinto da tre importanti garanzie procedurali, una tecnica, due strettamente inerenti all'attività di valutazione degli esperti *referee*, è anch'essa circostanza che corrisponde al vero. A ciò si aggiunga che gli stessi *referee* hanno segnalato un conflitto di interessi rispetto al lavoro scientifico valutando, astenendosi, in soli 420 casi su quasi 30.000.

In primo luogo, la complessa infrastruttura tecnica consacrata alla valutazione ha prevenuto alcuni errori, sia volontari che involontari. Essa impediva, infatti, che si potesse far valutare un lavoro scientifico ad un *referee* dello stesso ateneo dell'autore o che ad uno stesso *referee* si potesse attribuire la valutazione di uno stesso lavoro per due o più volte. Si tratta, apparentemente, di una garanzia blanda: è, tuttavia, un elemento che, di per sé, garantisce la correttezza formale e sostanziale di un numero elefantico di assegnazioni (quasi 30.000) di lavori a revisori esterni. In tal senso, l'ausilio delle tecnologie di controllo si è rivelato indispensabile.

In secondo luogo, il «comportamento» di ogni *referee* è stato posto al vaglio di alcuni indici statistici presuntivi di «anomalie» (media del voto attribuito, media della classe attribuita, numero assoluto dei lavori valutati, frequenza della ripartizione dei voti e delle classi attribuiti). Questa notevole mole di dati ha consentito, nella determinazione delle valutazioni finali che

<sup>35</sup> Tale circostanza è impossibile nella pratica: se la valutazione della qualità della ricerca esamina quanto è stato già pubblicato, i metodi di valutazione *ex ante*, quali la c.d. «*double-blind peer review*», non sono applicabili.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

le regole ministeriali assegna al Gruppo di esperti della valutazione, di tarare i giudizi finali e di ponderare le scelte, posto che una valutazione comparativa di quasi 13.000 lavori scientifici, suddivisi tra i ventuno settori scientifico-disciplinari di cui si compone l'area giuridica, sarebbe stata un'operazione tecnicamente impossibile e scientificamente opinabile<sup>36</sup>.

In terzo luogo, i giudizi espressi dagli esperti *referee* (due, in pochi casi tre, per ogni lavoro scientifico sottoposto a valutazione) sono stati confermati o rivisti da «gruppi di consenso» (*consensus group*) appositamente costituiti e composti da tre membri del Gruppo di esperti della valutazione dell'area giuridica, dello stesso settore scientifico-disciplinare o, in alternativa, in possesso di competenze affini. È lo stesso d.m. 15 luglio 2011, come già ricordato, che impone al Gruppo di stilare un *consensus report*, basato sulla condivisione all'interno del collegio di tutte le valutazioni finali, con il fine preciso di comporre la graduatoria di area degli atenei e degli enti di ricerca, di cui si dirà a breve.

Tali garanzie, come detto, risalgono *à rebours* sino alla scelta dei revisori esterni. Se si risale di un altro passo, si arriva ai criteri di composizione del Gruppo di esperti della valutazione e, ancora, alla legittimazione dell'organo che li ha stabiliti. Su questo punto, in particolare, si sono addensati critiche e sospetti. Il Gruppo di esperti è, per sua natura, il garante dell'intero procedimento di valutazione. La fiducia, se non un sentimento di *idem sentire*, è alla base della tenuta del sistema di valutazione e dei suoi risultati. È evidente che se il dibattito si risolvesse a vantaggio delle posizioni maggiormente critiche, la legittimazione di un *panel* di esperti riconosciuti come tali dalla comunità accademica e conseguentemente investiti di un ruolo solo in apparenza neutrale, sarebbe viziata *ab origine*. Ancora una volta, si tratta di questioni cruciali che non possono essere affrontate in questa sede.

### 3.4. La «graduatoria di area», i costi e la ripartizione dei fondi premiali

Nel 1939, gli economisti premi Nobel Nicholas Kaldor e John Richard Hicks proposero una rivisitazione del celeberrimo criterio paretiano di ottimalità, noto nella vulgata comune come «criterio di compensazione»<sup>37</sup>. L'efficienza risiederebbe, per l'appunto, in una compensazione di-

<sup>36</sup> Sul tema, alcuni spunti si possono trarre da A. Baccini, *Valutare la ricerca scientifica. Uso e abuso degli indicatori bibliometrici*, cit., nonché *La valutazione della ricerca e la valutazione della didattica*, a cura di B.V. Frosini, Milano, V&P, 2011, *passim*.

<sup>37</sup> Per un approfondimento, si veda N. Kaldor, *Welfare Propositions of Economics and In-*

retta da chi ottiene maggior benessere a chi ne perde, in modo che, alla fine, almeno un individuo si trovi in una situazione migliore di quella di partenza. In tal senso, se la ripartizione delle risorse premiali agli atenei e agli enti di ricerca non comportasse, in ipotesi, tale compensazione, si determinerebbero una perdita di efficienza e di benessere sociale.

Detto in altri termini, la ripartizione della parte premiale del fondo di finanziamento ordinario dovrebbe comportare benefici nei confronti delle strutture con il profilo qualitativo migliore, non togliere nulla, al limite, a quelle con il profilo qualitativo relativamente peggiore<sup>38</sup> e fare in modo che la condensazione delle risorse laddove la ricerca è «migliore» produca un effetto moltiplicatore che, nel medio periodo, determini conseguenze positive diffuse per l'intero sistema. Tra queste, maggiore innovazione, avanzamento della conoscenza, allocazione ottimale delle risorse drenate dalla fiscalità generale, utilizzo efficiente dei fondi pubblici per promuovere attività ad alto impatto sociale. Si tratta di benefici, per lo più, immateriali e di difficile misurazione. Sono, certamente, pilastri della ricchezza e della crescita economica

Il d.m. 15 luglio 2011 demanda ai Gruppi di esperti della valutazione di ciascuna area CUN di redigere una «graduatoria di area». Suddivisa in tre segmenti dimensionali (grandi, medi e piccoli atenei) per evitare il c.d. «effetto imbuto»<sup>39</sup> e contenente il solo CNR tra gli enti di ricerca nell'area delle scienze giuridiche, essa offre uno spaccato dello stato della ricerca e di quanto «pesano» le singole strutture universitarie che ospitano giuristi.

Da un lato, il Gruppo di esperti della valutazione ha fatto propri due indicatori di qualità della ricerca *indipendenti* dalle dimensioni delle strutture valutate, denominati «I» e «R». Questi due indicatori sono *qualitativi*: il primo è il voto medio normalizzato, ossia reso indipendente dal numero di

*terpersonal Comparisons of Utility*, riedito in D.M. Hausman, *The Philosophy of Economics. An Anthology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 222 ss.

<sup>38</sup> V. *infra* par. 3.7. Si pensi, nel segmento dei «grandi atenei» attivi nell'area giuridica, al «peso», calcolato in base agli indicatori ministeriali, che hanno gli atenei con il profilo qualitativo relativamente peggiore. Tali grandi atenei «pesano» di più, in taluni casi, rispetto a quelli che hanno ottenuto, nel complesso, valutazioni migliori.

<sup>39</sup> Se si ponessero all'interno della stessa graduatoria atenei grandi e piccoli, la probabilità che gli atenei piccoli con un buon profilo qualitativo siano sempre nelle prime posizioni sarebbe molto elevata, così come quella che gli stessi atenei, con un profilo qualitativo relativamente peggiore, ma omogeneo, risultino in fondo. Quelli grandi, invece, risulterebbero in una posizione intermedia (in un sistema di assi cartesiani, l'immagine sarebbe quella di un imbuto posto in posizione orizzontale: gli atenei piccoli all'inizio o alla fine della parte larga, gli atenei grandi tutti ammassati nella parte stretta).

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

lavori scientifici sottoposti a valutazione; il secondo identifica la soglia della *performance* qualitativa media (se l' indicatore «R» di un ateneo fosse inferiore a uno, la valutazione della sua ricerca sarebbe inferiore alla media di area; se fosse pari a uno, la valutazione sarebbe pari alla media; se fosse superiore a uno, la valutazione sarebbe superiore alla media). Si tratta di indicatori statisticamente affidabili? Occorre tenere presente, cercando la risposta, che non hanno nulla a che vedere con la ripartizione dei fondi ministeriali (e, forse, solo con la reputazione del fondo classifica).

Dall'altro, e tale circostanza va sempre tenuta a mente, le regole ministeriali indicano che occorre pervenire alla somma delle valutazioni, positive o negative, di ogni lavoro scientifico valutato. Tale somma, trasfusa in un indicatore denominato dal bando VQR «IRAS1», è *dipendente* dalle dimensioni dell'ateneo considerato (dai «prodotti attesi» o, che dir si voglia, dal numero di professori e ricercatori valutati). Esso è tipicamente *quali-quantitativo* ed è quello che conta maggiormente nella ripartizione dei fondi<sup>40</sup>.

Ecco perché può non esserci corrispondenza tra il profilo strettamente qualitativo e il «peso» di ogni singolo ateneo all'interno dell'area e perché alcuni atenei grandi, avendo ottenuto risultati relativamente inferiori agli altri, ottengono, alla fine, un «peso» maggiore. Se esistesse un modo per calcolare il rapporto tra quota dei fondi che spetta a ciascun ateneo e numero di professori e ricercatori, ossia se avesse senso determinare qual è la «quota pro capite» di risorse premiali attribuite a ciascuno studioso, il profilo qualitativo detterebbe, da solo, il *ranking* complessivo: gli atenei con il profilo qualitativo peggiore, sebbene avvantaggiati dalle loro dimensioni, otterrebbero una «quota pro capite» inferiore rispetto ad altri atenei grandi, ma relativamente più piccoli, e qualitativamente migliori.

Si badi che gli indicatori di tipo qualitativo, da soli, sono del tutto inidonei a distribuire risorse premiali: proprio per effetto dell'imbuto di cui si diceva prima, la probabilità che atenei piccoli ricevano quasi tutta la posta o non ricevano nulla è elevatissima. Gli indicatori di tipo quali-quantitativo possono, invece, essere utilizzati per la ripartizione dei fondi: dipendono, in parte, dalla qualità della ricerca *sic et simpliciter* e, in altra parte, dalle dimensioni delle strutture. È come se, in altri termini, la qualità fosse ponderata rispetto alle dimensioni: non conta solo se la ricerca è buona o meno, conta anche quanta se ne produce e quanti professori o ricercatori possono po-

<sup>40</sup> Gli indicatori del tipo «IRAS», come anticipato, sono sette, legati all'attrazione di risorse pubbliche e private, all'alta formazione, alla mobilità internazionale degli studiosi e così via.

tenzialmente beneficiare dei finanziamenti premiali. Tale assunto, condivisibile o criticabile che possa sembrare, è frutto di una precisa scelta politica.

Come è stato fatto notare<sup>41</sup>, sulle decrescenti risorse di cui il sistema universitario ha goduto, nel suo complesso e negli ultimi anni, non si è coagulata la logica della selezione basata sul talento, sulla preparazione scientifica e sull'impegno profuso in ricerca. Diversamente, il dibattito è stato condotto assumendo, in prevalenza, il pari diritto di tutte le componenti del sistema ad attingere alla fonte dei finanziamenti<sup>42</sup>. L'assegnazione di una parte del fondo di finanziamento ordinario per quelle finalità premiali (art. 2, c. 1, d.l. 10 novembre 2008, n. 180, conv. in l. 9 gennaio 2009, n. 1) richiamate dalla legge Gelmini, considera la valutazione della qualità della ricerca quale suo naturale presupposto. Per l'anno 2013, il 13,5% delle risorse disponibili, che in totale ammontano a 818 milioni, sarà ripartito per il 34% «sulla base dei criteri finalizzati a premiare la qualità dell'offerta formativa e dei processi formativi di ogni ateneo» e per il 66% «sulla base dei criteri finalizzati a premiare la qualità della ricerca scientifica»<sup>43</sup>. Le risorse finalizzate alla perequazione ammontano a 91 milioni<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> «[...] la distribuzione delle risorse finanziarie (decrescenti) è per un lungo periodo proseguita sul presupposto che tutti gli esponenti della comunità scientifica avessero eguale diritto ad attingervi [...]. È stata – è cioè – compromessa l'istanza di vedere giudicati i propri progetti su basi concorrenziali [...]». Così G. della Cananea, *Interpretazioni della Costituzione e valutazioni della ricerca*, in *Munus*, n. 3, 2011, 634-635. Si veda altresì il rapporto Ocs «*Education at a Glance*» del 2013: vi si troveranno dati di particolare rilievo, relativi soprattutto al rapporto tra prodotto interno lordo e spesa per università e ricerca.

<sup>42</sup> Critico, sul punto, è R. Di Raimo, *La valutazione della ricerca e la rappresentanza dei sapere*, in *Munus*, n. 3, 2011, in part. 643: «La libertà della scienza è stata sino a ieri garantita dalla combinazione di finanziamento a pioggia e autogoverno dei procedimenti valutativi [...]. Questo sistema funzionava nei tempi ormai lontani dell'università d'élite ed era altresì connotato da una ridottissima autonomia degli atenei sul piano organizzativo». Sul concetto di autonomia e sulla sua ampiezza, A. Sandulli, *La rappresentanza dei saperi e delle discipline: il Consiglio universitario nazionale e la teoria del doppio centro*, in *Munus*, n. 3, 2001, in part. 602. ss.

<sup>43</sup> Non si tratta certamente di una novità. L'art. 2, c. 1, della l. 9 gennaio 2009, n. 1, dispone che «A decorrere dall'anno 2009, al fine di promuovere e sostenere l'incremento qualitativo delle attività delle università statali e di migliorare l'efficacia e l'efficienza nell'utilizzo delle risorse, una quota non inferiore al 7% del fondo di finanziamento ordinario di cui all'ar. 5 della l. 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, e del fondo straordinario di cui all'art. 2, c. 428, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, con progressivi incrementi negli anni successivi, è ripartita prendendo in considerazione: a) la qualità dell'offerta formativa e i risultati dei processi formativi; b) la qualità della ricerca scientifica; c) la qualità, l'efficacia e l'efficienza delle sedi didattiche».

<sup>44</sup> V. Il c.d. "decreto Fare" (d.l. 21 giugno 2013, n. 69) dispone, all'art. 60, che la quota premiale del FFO aumenti costantemente nel corso del tempo: almeno il 16% nel 2014, al-



## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

Il 90% della seconda *tranche* (ossia, utilizzando un arzigogolato gioco di parole, il 90% del 66% del 13,5%) sarà distribuito in base ai risultati della VQR 2004–2010. Pertanto, il 90% della quota del fondo di finanziamento ordinario consacrata a premiare la qualità della produzione scientifica (poco meno di 486 milioni per il 2013) sarà attribuito in base ai risultati dell'intero procedimento di valutazione: esso comprende, come noto, una valutazione non limitata a quella dei c.d. «prodotti di ricerca» di cui si sta discutendo. Essa è estesa alla capacità degli atenei di attrarre risorse partecipando a bandi competitivi, di favorire la mobilità in entrata e in uscita degli studiosi interessati al perfezionamento, di promuovere l'alta formazione dottorale e *post-doc*, di utilizzare risorse proprie per il cofinanziamento di progetti di ricerca, di aver migliorato la propria *performance* qualitativa rispetto all'esercizio di valutazione denominato (la «VTR 2001–2003»), di impegnarsi in attività di «terza missione» (attività brevettuale, creazione di *spin-off* ed incubatori, gestione e valorizzazione di poli museali e di scavi archeologici) e così via<sup>45</sup>. Non è chiaro, allo stato attuale, se tali elementi concorreranno alla distribuzione dei fondi premiali oppure no.

Due i limiti previsti dalle regole ministeriali: a nessun ateneo potrà essere attribuita una quota del fondo di finanziamento ordinario superiore a quella percepita nell'anno 2012 dello 0,5% e a nessun ateneo potrà essere assegnata una quota minore di quella dell'anno precedente di una percentuale superiore allo 0,5%. Detto più chiaramente, l'assegnazione delle risorse basata sulla valutazione della ricerca ha un limite superiore (un ateneo che, in ipotesi, dovesse risultare tra i primi del *ranking* complessivo della VQR 2004–2010 non potrà comunque guadagnare più dello 0,5% delle risorse attribuire nel 2012) e un limite inferiore (un ateneo che, in ipotesi, dovesse risultare tra gli ultimi del *ranking* complessivo della VQR 2004–2010, non potrà comunque «perdere» più dello 0,5% dei fondi ricevuti nel 2012).

Va sottolineato che la quota di risorse che spetterà, di fatto, a ciascuna area CUN sarà determinata da un decreto ministeriale. Tale esercizio si presenta come un vicolo cieco: la ripartizione si baserà su criteri che non possono tenere in conto, come discriminante principale, la c.d. «eccellenza»

meno il 18% nel 2015, almeno il 20% nel 2016. Successivi aumenti non inferiori al 2% annuo la condurranno ad un massimo del 30%. Almeno 3/5 della quota sono sempre ripartiti in base ai risultati della VQR. Nessun ateneo può subire una riduzione della sua quota parte in misura superiore al 5% rispetto all'anno precedente.

<sup>45</sup> V. *supra* nota 8. Per una disamina dei risultati della VTR, *La valutazione della ricerca pubblica. Un'analisi della valutazione triennale della ricerca*, a cura di V. Reale, Milano, Franco Angeli, 2008.

della ricerca che la VQR 2004-2010 dovrebbe scovare<sup>46</sup>. Infatti, in ogni area, i metodi valutativi, i parametri, finanche le culture della valutazione espressione di ogni singolo settore scientifico-disciplinare sono talmente diversificati da rendere ogni comparazione tra aree del tutto irrazionale.

Ecco che i criteri, non potendosi basare sull'individuazione delle aree eccellenti, inverano un esercizio di confronto del tutto impossibile e potrebbero essere legati, secondo quanto suggerito dalla stessa ANVUR, al costo presunto della ricerca, alla numerosità, in termini di personale strutturato, di ciascuna area, alla capacità di attrarre risorse partecipando a bandi competitivi nazionali. Non solo, e non esclusivamente, alla qualità della ricerca scientifica<sup>47</sup>.

Occorre precisare che la suddivisione delle risorse tra le aree CUN non può prescindere, evidentemente, dalla ripartizione dei premi ai singoli atenei. Quando si afferma che ogni area «peserà» diversamente, il riferimento, implicito, è alla comparabilità dei risultati della VQR 2004-2010: poiché, in alcuni casi, atenei italiani di grandi dimensioni ospitano professori e ricercatori appartenenti a tutte le branche del sapere, ed è stato sempre ribadito<sup>48</sup> che i confronti tra valutazioni in aree diverse sono irrazionali, se non si misurasse il «peso» relativo di ciascuna area (*recte*, degli economisti, degli ingegneri, dei giuristi, dei fisici) la distribuzione dei fondi sarebbe impossibile. Il decreto del Ministro che ripartirà le risorse premiali si baserà su una spartizione per ateneo sebbene, nell'effettuarla, ogni area peserà diversamente, sarà considerata «orizzontalmente» e ogni gruppo di studiosi ad essa appartenente riceverà, a sua volta, un certo peso, per l'appunto omogeneo su tutto il territorio nazionale, e una certa quota di risorse.

La necessità di proporre dei «pesi» relativi per le quattordici aree CUN (sedici, per la precisione, visto che l'ANVUR ha scomposto in due le aree 9 e 11, separando l'ingegneria civile dall'architettura e le discipline storiche, filosofiche e pedagogiche dalla psicologia) si pone considerando che la quasi totalità delle strutture interessate dal processo di valutazione della qualità

<sup>46</sup> Non si ritiene del tutto corretta l'impostazione di quanti intravedano nella VQR un modo per premiare la "scienza media": più è alta la percentuale di "eccellenze", più l'ateneo ne trarrà beneficio. I lavori scientifici, poi, dovevano essere "i migliori" possibili e gli atenei avrebbero dovuto cercare di massimizzare il risultato atteso in termini di valutazione.

<sup>47</sup> A. Natalini, *La valutazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2011, 376 ss. Sul modo di costruire *ranking* a partire dalle preferenze degli studenti, *ex multis*, C. Avery, M.E. Glickman, C.M. Hoxby, A. Metrick, *A Revealed Preference Ranking of US Colleges and Universities*, NBER Working Paper n. W10803.

<sup>48</sup> A tal proposito, si veda il Rapporto finale redatto dall'Anvur, disponibile sul sito ufficiale dell'Agenzia, in part. p. 7.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

della ricerca presenta al suo interno più di una area. Al fine di determinare un «indicatore unico di struttura» è necessario, come suggerito dall'ANVUR, «individuare un metodo per comporre linearmente gli indicatori di area»<sup>49</sup>, ossia per aggregare realtà necessariamente disomogenee.

Partendo da questi presupposti, i metodi suggeriti dall'ANVUR al Ministero al fine di ripartire la quota premiale tra aree, sono quattro e si basano tutti sull'ipotetica copertura del costo della ricerca. In altri termini, il Ministero deciderà come ripartire, tra le quattordici aree CUN, le risorse premiali riservate alla valutazione della qualità della ricerca e queste giungeranno agli atenei in base alla graduatoria (*ranking*) di ogni area, basata sugli indicatori ministeriali *quali-quantitativi*<sup>50</sup>.

Il primo metodo assume che il costo della ricerca in ogni area sia identico e, per ciò stesso, riferisce il «peso» di ciascuna area in termini di produzione scientifica (prodotti di ricerca attesi o professori e ricercatori valutati) e di improduttività (prodotti di ricerca mancanti o professori e ricercatori inattivi, parzialmente attivi o parzialmente inattivi). In questo caso, l'area giuridica otterrebbe circa l'8% della quota premiale riservata alla valutazione della qualità della ricerca (essa è la seconda, per numerosità, tra le aree delle scienze umane e sociali).

Il secondo metodo prende in prestito, come costo della ricerca in una certa area, un valore desunto dall'analisi dell'insieme dei progetti promosso dallo *European Research Council* per i quali l'*Host Institution* del *Principal Investigator* è un'istituzione italiana<sup>51</sup>. In tal caso, la ripartizione della quota premiale del fondo di finanziamento ordinario tra le aree CUN sarebbe basata sulla capacità di ciascuna area di attrarre risorse nel contesto internazionale. All'area giuridica toccherebbe il 5,5% della quota premiale riservata alla valutazione della qualità della ricerca: una quota che rappresenta quasi la metà di quella che toccherebbe all'area letteraria e che sarebbe in ogni caso inferiore a quella che spetterebbe all'area storica e all'area economica.

Il terzo metodo è assimilabile al secondo: ad ogni area toccherebbe una parte della quota premiale calcolata in base alla capacità di vincere bandi

<sup>49</sup> Si veda l'apposita appendice acclusa al *Rapporto finale* dell'ANVUR, disponibile su [www.anvur.org/rapporto](http://www.anvur.org/rapporto).

<sup>50</sup> Del metodo basato sui pesi è esposta la logica di fondo: il decreto ministeriale che ripartirà le risorse premiali conterrà, verosimilmente, la corrispondenza tra singoli atenei (non, quindi, aree) e quota del fondo di finanziamento.

<sup>51</sup> L'attribuzione di ciascun progetto alle diverse aree CUN è stata portata a termine dall'ANVUR in base al settore scientifico-disciplinare del *Principal Investigator*, ove presente, o in base al settore ERC del progetto. La base di dati si riferisce alle *Calls StG (Starting Grant)* e *AdG (Advanced Grant)* 2004-2012 e conta complessivamente 206 progetti.

competitivi nazionali (PRIN). Il calcolo dei «pesi» relativi è effettuato a partire dalle assegnazioni di fondi PRIN del 2004 sino al 2010-2011. L'area giuridica si è attestata, nell'arco di tempo considerato, sempre intorno al 3% dei fondi PRIN sul totale. Una percentuale comparabile a quella ottenuta dalle aree economica e delle scienze politiche ma inferiore della metà rispetto a quella ottenuta dall'area letteraria e in ogni caso inferiore a quella ottenuta dall'area storica.

Il quarto metodo pondera i costi della ricerca per area ricavandoli dal *Research Assessment Exercise* del 2008 condotto nel Regno Unito. La corrispondenza tra i costi e le aree considera i costi attribuiti alle sessantasette *Units of Assessments* del *RAE 2008*<sup>52</sup>. All'interno delle aree delle scienze umane e sociali, quella giuridica otterrebbe circa il 6% della quota premiale, tanto quanto l'area economica e poco meno dell'area letteraria, la più «premiata».

L'ANVUR ha poi fuso i quattro metodi, suggerendo che l'area giuridica possa ricevere il 5% della quota premiale complessiva, tanto quanto l'area economica (oltre il 7% andrebbe all'area letteraria e all'area storica, circa il 2% all'area delle scienze politiche). La decisione circa i pesi, giova ribadirlo, è una decisione ministeriale. La ripartizione alle aree è, come già detto, da considerarsi valida ai soli fini della comprensione dei «pesi» degli indicatori, visto che saranno gli atenei ad essere destinatari dei fondi.

Esaurito il versante dei premi, quello dei costi merita brevi riflessioni, se non altro perché la consistenza dei dati ufficiali sfuma sino all'indefinibile. Recuperando tutte le informazioni pubblicate sino ad oggi, si rileva che, oltre alla quota di costo del funzionamento dell'ANVUR «spalmata» sull'area giuridica, la spesa per la VQR 2004-2010 include alcune voci consistenti (il compenso per le oltre 20.000 valutazioni effettuate, il dodicesimo di quota-parte dei costi sostenuti dall'Agenzia, che ha un bilancio annuale di circa 4 milioni di euro) ed alcune altre meno elevate (il contratto a tempo determinato del personale che ha lavorato a fianco del Gruppo di esperti di valutazione dell'area 12, i compensi dei componenti del Gruppo). Non c'è ordine di paragone che tenga rispetto ai costi di funzionamento del *Research Assessment Exercise* anglosassone o alle attività della contestata *Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur* francese, che conta oltre cento dipendenti e ha un bilancio di 17 milioni di euro all'anno<sup>53</sup> (l'AN-

<sup>52</sup> Sulle principali esperienze europee, W. Gasparri, *Conoscenza e decisione nella valutazione della ricerca scientifica. Esperienze giuridiche europee a confronto*, in *Dir. pubbl.*, n. 4, 2008, 221 ss.

<sup>53</sup> F. Di Cristina, *La riforma della valutazione della ricerca in Francia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

VUR poco più di quattro per tutto il periodo di svolgimento della VQR 2004-2010).

Non occorre sottovalutare, infine, un ultimo aspetto. La graduatoria delle strutture attive nella ricerca giuridica comprende anche i dipartimenti o, per meglio dire, quella frangia o frazione di dipartimenti che ospita giuristi<sup>54</sup>. Tale graduatoria è redatta sulla falsa riga di quella degli atenei: vi si rinvencono sia informazioni sulla qualità della ricerca, sia sul «peso» relativo di un ogni dipartimento all'interno dell'area giuridica. Posto che gli indicatori quantitativi non consegnano all'interprete indicazioni soddisfacenti (con quasi 180 dipartimenti di composizione estremamente variegata, ogni confronto avrebbe senso solo se effettuato tra strutture di dimensione comparabile e riferita ad ogni settore scientifico-disciplinare: esercizio, di per sé, quasi impossibile), quelli qualitativi offrono, tra le altre, due indicazioni di fondamentale importanza. La prima è ai rettori degli atenei, che potranno ripartire le risorse che otterranno in base, oltre che a decisioni strategiche, a profili qualitativi pubblici. La seconda è diretta ai direttori di dipartimento, che in maniera non dissimile da quanto è auspicabile facciano i rettori, potranno conoscere punti di forza e di debolezza della ricerca e adoperarsi di conseguenza.

Non vanno trascurati, infine, gli aspetti relativi al confronto: sebbene questo sia da condurre necessariamente, come anticipato, rispetto a realtà omogenee (dal punto di vista scientifico, dimensionale, territoriale) e non possa sbiadirsi nel comporre mere classifiche, esso, per dispiegare effetti positivi, non può essere dequalificato a mero *rating*<sup>55</sup>. È verosimile che il rettore di un ateneo grande, scorrendo la graduatoria dell'area giuridica, con-

n. 1, 2013, 277 ss.: «Il dibattito sull'utilità di amministrazioni preposte alla valutazione (e non solo alla misurazione) dell'attività di ricerca si iscrive a pieno titolo in quello di più ampio respiro che oppone le ragioni dell'indipendenza della valutazione e dell'autogoverno delle comunità scientifiche a necessità concorrenti e non necessariamente confliggenti, finalizzate alla ricerca di criteri uniformi e centralizzati per l'attribuzione delle risorse pubbliche alle università e agli enti di ricerca. La dialettica “del merito e delle ricompense” nel mondo scientifico e accademico che sta impegnando alcuni Paesi europei come il Regno Unito e l'Italia ha già condotto la Francia a ripensare la valutazione della ricerca, nonché il delicato rapporto tra autonomia della scienza e potere esecutivo, con esiti ancora del tutto incerti».

<sup>54</sup> Come è noto, infatti, l'applicazione della «legge Gelmini» ha determinato, il più delle volte, fusioni tra sezioni di dipartimenti preesistenti, fusioni tra interi dipartimenti o incorporazioni di sottostrutture eterogenee quanto a dimensione del personale e afferenza scientifica.

<sup>55</sup> A tal proposito, è nota la critica del CUN contenuta nella dichiarazione del 16 luglio 2013: «Il CUN, pertanto, ribadisce quanto già dichiarato in passato: valutazione e non classifiche. *Rating* e non *rankings*».

fronti la ricerca condotta dai suoi studiosi di diritto pubblico con quella dei pari che insegnano filosofia del diritto nel piccolo ateneo meglio valutato? È verosimile, al contrario, che un rettore, leggendo la medesima graduatoria, confronti le aree scientifiche del proprio ateneo che presentano i punti di maggior forza con quelle, approssimabili dal punto di vista dimensionale, degli altri atenei della propria regione o dello stesso bacino di attrazione di studenti e risorse? La risposta ad entrambe le domande contiene il senso di una graduatoria che, seppur diversa da una classifica, contiene rilevanti elementi per valutazioni *ex post* di tipo comparativo.

### 3.5. *L'internazionalizzazione della ricerca giuridica*

I giuristi italiani, nell'arco di un settennio, considerano come migliori i lavori pubblicati in lingua inglese o in un'altra lingua straniera? Pubblicano lavori scientifici con almeno un coautore affiliato ad una istituzione straniera (ateneo o ente di ricerca)? Diffondono, nella comunità degli studiosi, i lavori scientifici di cui non sono autori ma che traducono, compiendo un'operazione altamente specialistica?

La risposta alle domande appena poste, emergente dai risultati della valutazione della qualità della ricerca, è sempre negativa. Come ribadito più volte, si tratta di una mera constatazione che prescinde dal dibattito sulla c.d. internazionalizzazione della ricerca e da giudizio di merito. Chi potrebbe dubitare della qualità della *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* di von Savigny o dei *Principi di diritto amministrativo italiano* di Romano, opere scritte nella stessa lingua parlata dell'autore in un momento storico in cui la pochezza dei mezzi di comunicazione rendeva difficoltosa la riproduzione e la circolazione della ricerca? Chi potrebbe dubitare, poi, che i risultati originali di una ricerca scientifica su argomenti a prevalente interesse nazionale debbano essere pubblicati, in prima battuta, nella stessa lingua dei potenziali lettori? Le considerazioni che seguono offrono, pertanto, un semplice spaccato della questione ed una prospettiva su di esso<sup>56</sup>.

Il criterio dell'internazionalizzazione quale terzo elemento per valutare i lavori scientifici<sup>57</sup> è, infatti, particolarmente controverso. Le regole ministeriali lo definiscono come il «posizionamento nello scenario internazionale, in termini di rilevanza, competitività, diffusione editoriale e apprezzamento della comunità scientifica, inclusa la collaborazione esplicita con

<sup>56</sup> Il riferimento è a G. Calabresi, A.D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *HLR*, n. 6, 1972, 1089 ss.

<sup>57</sup> I primi due, previsti dal d.m. 15 luglio 2011, sono la rilevanza e l'originalità.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

ricercatori e gruppi di ricerca di altre nazioni»<sup>58</sup>. In termini assoluti, la rilevanza, la competitività, la diffusione, l'apprezzamento e la collaborazione con *équipe* di ricerca straniere non presuppongono affatto che si debba privilegiare una lingua diversa da quella propria dello studioso (e, soprattutto, che il valutatore possa avere piena conoscenza della diffusione del lavoro o della collaborazione con studiosi stranieri, se non facendo esercizio di mera presunzione).

In tale ottica, tuttavia, le regole ministeriali che disciplinano la valutazione della qualità della ricerca non hanno aderito a quell'impostazione che l'ANVUR aveva suggerito per altri procedimenti di selezione e abilitazione<sup>59</sup>. Inoltre, non deve essere dimenticato che la scelta dei temi di ricerca rivolti, per loro natura, ad un pubblico internazionale non è neutrale e comporta precise conseguenze in termini di risultati attesi, direzione della ricerca, coinvolgimento degli studiosi, necessità di risorse<sup>60</sup>; allo stato attuale, se si accetta che il confronto con il contesto internazionale e con lo spazio europeo della ricerca debba costituire una costante della ricerca giuridica<sup>61</sup>, non si può affermare che il criterio dell'internazionalizzazione debba pesare diversamente a seconda dei generi, dei temi oggetto di studio o sulla base di uno sforzo interpretativo che lo depotenzi. In altri termini, la revisione del criterio appare necessaria, anche alla luce della produzione scientifica tipica di alcuni settori, quali, ad esempio, il diritto privato o il diritto processuale.

Date queste considerazioni di partenza, i risultati della valutazione mostrano che le pubblicazioni in lingua inglese, che si assumo essere le migliori del settennio considerato, rappresentano il 5% del totale e che solo lo 0,5% scaturisce da un'esplicita collaborazione, nella forma del coautoraggio, con un professore universitario o con un ricercatore la cui struttura di affiliazione si trova fuori dai confini italiani. Tra l'altro, val la pena ricordare che questa «mancanza» ha un effetto diretto sull'indicatore che misura l'internazionalizzazione della ricerca e che potrebbe assumere un peso, seppur infe-

<sup>58</sup> Art. 8, c. 2, lett. c), d.m. 15 luglio 2011.

<sup>59</sup> Il richiamo è alle considerazioni presentate in C. Pinelli, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Munus*, n. 3, 2011, in part. 583 ss.

<sup>60</sup> Sul problema dell'internazionalizzazione per le c.d. «discipline di diritto positivo», si rimanda a F. Denozza, *La ricerca scientifica e le tecniche di valutazione*, in *Munus*, n. 3, 2011, in part. 596.

<sup>61</sup> Così A. von Bogdandy, *National Legal Scholarship in the European Legal Area. A Manifesto*, in *ICON*, n. 10, 2012, 614 ss., il quale conferma la natura «relazionale» di tale approccio e l'inidoneità della bibliometria quale strumento di valutazione della ricerca giuridica e dei suoi risultati.

riore a quello della valutazione di merito, nella ripartizione delle risorse ministeriali.

I dati appena accennati, seppur parziali, sembrano suggerire – ove ve ne fosse necessità – un certo grado di sterilità del dibattito circa la *reale* internazionalizzazione della ricerca allo stato attuale. Non, certamente, circa il *se* e il *come* della diffusione della ricerca e dei suoi risultati oltre i confini, nonché del grado di auspicabile vicinanza e collaborazione con studiosi stranieri e provenienti da tradizioni e culture giuridiche diverse.

### 3.6. *Competizione e cooperazione*

È stato osservato di recente<sup>62</sup> che il sistema di valutazione della qualità della ricerca italiano tende a premiare le strutture che ospitano i ricercatori «qualitativamente migliori» e che la logica ispiratrice di fondo intende la *competizione* (non, quindi, la *cooperazione*) quale motore della quantità e, insieme, della qualità della ricerca scientifica. Le risorse, per precipitazione, si coaguleranno negli atenei e negli enti di ricerca produttori di ricerca «eccellente»<sup>63</sup>, nel quadro di una più generale «selezione darwiniana» applicata al mondo delle scienze. Della questione si dà, di solito, una lettura estremamente severa e negativa, quasi che l'avanzamento della conoscenza e la ricerca scientifica siano beni pubblici che le logiche «di mercato», *latu sensu*, non debbano corrompere.

Si tratta di un'interpretazione peculiare che coglie il senso della VQR 2004-2010: alle strutture che ospitano le eccellenze, appunto, è riconosciuta una quota di fondi premiali maggiore. Questa, come posto in evidenza nel par. 3.4, è legata alle loro dimensioni assolute, ossia al numero di «prodotti di ricerca» che sottopongono a valutazione (ovvero, ed è equivalente nella sostanza, al numero di professori di ruolo e ricercatori universitari).

Tale impostazione è stata declinata in modo particolare all'estero ma secondo una logica non del tutto dissimile da quella nostrana. Se si esaminasse il *National Report* dell'*Australian Research Council* del 2012<sup>64</sup>, ad esempio, vi si troverebbero, tra gli obiettivi della valutazione, «to provide a na-

<sup>62</sup> A. Banfi, *Prima che la nave affondi. Un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento correttivo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2013. Osserva l'autore che il sistema è stato importato *tel quel* da quello anglosassone.

<sup>63</sup> F. Merusi, *Il metodo della cooperazione*, in *Luci e ombre della riforma universitaria: governance, meritocrazia, baronie*, a cura di F. Capriglione, Bari, Cacucci, 2010, 119-126.

<sup>64</sup> Australian Research Council, *Excellence in Research for Australia 2012*, in part. 3, a proposito degli obiettivi (*ERA Overview*).



## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

tional stocktake of discipline-level areas of research strength and areas where there is opportunity for development [...]», nonché «to identify excellence across the full spectrum of research performance».

Occorre chiedersi se la logica della competizione quale fattore di crescita e innovazione sia stata trasfusa *telle quelle* all'interno del procedimento di valutazione della ricerca e se il mondo della ricerca le sia o meno ostile. La questione si presta a svariate letture. Se ne offrono due, cui si antepone una premessa di ordine concettuale.

La VQR 2004-2010 permetteva a ciascuna struttura di sottoporre a valutazione lavori scientifici «condivisi» con altre: sebbene alla fine di un processo di coordinamento involontario (una struttura, salvo espliciti contatti, non sapeva né poteva conoscere lo *stock* di lavori scientifici sottoposti da un'altra), era ben possibile sottoporre lavori ritenuti eccellenti con almeno due coautori appartenenti ad almeno due atenei o enti di ricerca diversi. In questo caso specifico, il prodotto della ricerca avrebbe giocato la partita della valutazione in almeno due schieramenti diversi, essendo il frutto di un lavoro di cooperazione tra studiosi diversi.

Il primo aspetto del problema su cui riflettere è che, nell'intera area giuridica, i prodotti presentati da due strutture rappresentano lo 0,3% del totale complessivo<sup>65</sup>. Tale circostanza può dipendere sia dalla tendenza dei giuristi, ammesso che vi siano indizi sufficienti a definirla, a scrivere prevalentemente in proprio oppure, in maniera non necessariamente alternativa, dalla competizione che naturalmente si instaura tra soggetti che devono accaparrarsi risorse scarse<sup>66</sup>. In termini strategici, la spartizione delle risorse che scaturisce dalla valutazione non è percepita come un gioco a somma zero e neppure come un gioco cooperativo. Del resto, il luogo di elezione della ricerca condivisa, o meglio dei progetti di ricerca condivisi tra gruppi appartenenti ad atenei diversi, è generalmente quello dei PRIN.

Il secondo aspetto da tenere presente, su cui si è già detto in merito al *ranking* delle strutture e alla conseguente ripartizione dei fondi premiali, è che l'indicatore ministeriale teleologicamente votato a ripartire risorse all'interno di una determinata area CUN risente sia della dimensione delle

<sup>65</sup> Si rimanda altresì a quanto affermato nel *Rapporto finale di area* del Gruppo di esperti della valutazione dell'area giuridica, disponibile su [www.anvur.org/rapporto](http://www.anvur.org/rapporto): «[...] i lavori di tipo interdisciplinare, di studiosi afferenti a diversi settori o aree, sono poco numerosi, anche se vanno intensificandosi gli studi congiunti, in particolare con gli economisti, grazie alle riviste interdisciplinari edite nel periodo più recente».

<sup>66</sup> Su tale progressiva scarsità, *ex multis*, A. Graziosi, *L'università per tutti. Riforme e crisi del sistema universitario italiano*, Bologna, Il Mulino, 2010, in part. 53 ss.

singole strutture sia, in parte, della loro specifica *performance* qualitativa. Ne discende che, nell'area giuridica, anche le strutture che occupano gli ultimi posti del *ranking* ricevono parte della quota premiale del fondo di finanziamento ordinario.

Ne scaturisce una conseguenza teorica di estremo rilievo: se, da un lato, il paradigma *cooperativo* nella ricerca giuridica sembra non essere una chiave di lettura confermata dai fatti, il paradigma *competitivo* non è l'esatta traduzione di quella selezione naturale che avviene nel mercato e la diffusa ostilità allo stesso potrebbe così stemperarsi. Sebbene sia possibile identificare quali strutture abbiano una vocazione di «*teaching university*» e quali di «*research university*», nessuna, alla fine della valutazione della qualità della ricerca, uscirà dal mercato a causa della sola ripartizione di una quota (relativamente piccola) del fondo di finanziamento ordinario. E ciò tanto per effetto dei criteri ministeriali deputati alla ripartizione a monte (come è noto, la VQR 2004-2010 non serve a ripartire tutta la posta in palio) quanto perché la premialità residua anche in fondo alle graduatorie. Appare verosimilmente applicabile alla valutazione della ricerca, quindi, l'assunto di teoria economica del «*first arrived, first served*». Non è necessariamente vero il contrario: anche gli ultimi arrivati, seppur in maniera relativamente inferiore, otterranno una parte delle risorse. Si ricordi, infine, che la valutazione della qualità della ricerca distribuisce solo una parte, relativamente piccola, dei premi cui gli atenei possono ambire e che l'ammontare complessivo del FFO non ha nulla a che vedere con la valutazione della qualità della ricerca.

### 3.7. L'effetto San Matteo e le punizioni

La valutazione della qualità della ricerca e la ripartizione dei fondi che ne scaturisce si basano su un presupposto stringente<sup>67</sup>: il corpo accademico che appartiene a ciascun ateneo deve essere considerato come un *unicum*<sup>68</sup>. Il comportamento di un solo studioso produce esternalità, siano esse positive o negative, su quello di tutti gli altri. Gli effetti esterni si riflettono sul

<sup>67</sup> V. *supra* par. 1.

<sup>68</sup> «Una ragunanza di case e di persone ligate sotto una stessa società e fortuna in un luogo per rappresentare un sol corpo», si sarebbe detto nel XVIII secolo. Sul punto, in particolare, R. Pecori, *Del privato governo dell'università*, Napoli, 1770-1773, 2. La logica non è, come detto, dissimile da quella dell'unicità del corpo accademico che sta alla base degli effetti esterni. Sull'evoluzione del sistema universitario, *ex multis*, I. Porciani, *La creazione del sistema universitario nella nuova Italia, in Storia delle università in Italia*, a cura di G.P. Brizzi, P. Del Negro e A. Romano, Messina, Sicania, 2007.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

risultato complessivo della valutazione di ciascun «gruppo» all'interno delle strutture e, quindi, sulle strutture stesse. Le conseguenze in termini di ripartizione delle risorse pubbliche seguono lo stesso andamento.

Rispetto a questa logica di fondo, le regole ministeriali hanno previsto delle penalizzazioni a carico di atenei ed enti di ricerca in casi specifici. Se gli studiosi mancano di sottoporre a valutazione uno o più dei loro lavori scientifici, se forniscono copie di questi che risultano essere non valutabili perché incomplete o illeggibili, se i loro lavori derivano da plagio, auto-plagio (*self-plagiarism*) o frode, le forti penalizzazioni che il d.m. 15 luglio 2011 contempla finiscono letteralmente per annullare, nel calcolo del peso relativo di ciascuna struttura all'interno dell'area, molte eccellenze e molte buone valutazioni.

I risultati della valutazione della ricerca nelle scienze giuridiche mostrano, se letti fra le righe, che vi sono atenei in cui questo peculiare sistema di «premi e punizioni» ha fatto evaporare finanche sessantacinque lavori giudicati dai pari come eccellenti. È come se, in termini diversi e procedendo per assurdo, una trentina di studiosi di quell'ateneo che ha ottenuto il massimo della valutazione possibile per ciascuno dei propri lavori scientifici («eccellente», quindi un punto per ogni lavoro), veda il massimo trasformato nel minimo (ossia in una valutazione «limitato», la più bassa, quindi zero punti per ogni lavoro) per effetto di una vera e propria punizione che ha però colpito loro colleghi.

Tale circostanza, così come è stato efficacemente argomentato<sup>69</sup>, inverte un'affermazione biblica utilizzata da un illustre sociologo<sup>70</sup> per porre in luce i fattori produttivi di effetti durevoli sulla rendita monopolistica di taluni studiosi. È evidente che il rapporto di causa-effetto che è stato brevemente richiamato può avere, potenzialmente, effetti punitivi nei confronti degli atenei più piccoli: la produzione scientifica di eccellenza di un piccolo gruppo di studiosi all'interno di un ateneo di dimensioni ridotte, si dirà, sarà del tutto soverchiata dagli «improduttivi», se presenti, sol perché le regole di

<sup>69</sup> A. Banfi, *Prima che la nave affondi. Un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento correttivo*, cit., in part. 383 ss.

<sup>70</sup> R.K. Merton, *The Matthew Effect in Science*, in *Science*, vol. 159, 1968, 56-63. «A chiunque ha sarà dato ma a chi non ha sarà tolto anche quello che ha»: secondo Merton, l'effetto cumulativo che l'attività scientifica dei primi anni di carriera determina a favore di certi studiosi ha effetto esterni negativi su tutti gli altri. I primi sfrutteranno una vera e propria rendita di posizione mentre per gli altri sarà molto più difficile pubblicare e diffondere i risultati delle proprie ricerche. Allo stesso modo, si rimprovera alla logica sottesa alla ripartizione delle risorse basata sul «merito» di «uccidere» gli atenei in difficoltà.

punteggio presentano «*checks and balances*» del tutto incongruenti. Se ne trarrebbero giustificabili conseguenze sia sul piano della valorizzazione del merito accademico, oltremodo dequalificata, sia sul piano della ripartizione dei fondi premiali che, in molti casi, servono più alla sopravvivenza della struttura che a perfezionarne o potenziarne la vocazione alla ricerca.

Ebbene, il quadro appena delineato merita di essere precisato in base ai risultati della valutazione. Questi consegnano agli interpreti una realtà rovesciata. Sebbene si possa concordare sull'assunto di base, ovvero sia che la valutazione dovrebbe solo premiare e mai punire, nella maggioranza dei casi le maggiori penalizzazioni si sono registrate a carico delle strutture più grandi. A prescindere, per il momento, dalla qualità della ricerca da esse condotta e dalla sua valutazione, nei piccoli e piccolissimi atenei italiani la sola misurazione della produttività è del tutto incoraggiante. Si consideri, poi, che per il solo fatto di essere stati «puniti»<sup>71</sup>, gli atenei più grandi non smettono di «pesare» relativamente di più rispetto agli altri nella fase di ripartizione, all'interno dell'area, delle risorse premiali. Si badi, infine, che si tratta pur sempre di *misurazioni*: la qualità della ricerca e la sua *valutazione*, come è stato anticipato, sono definite in tutt'altro modo e fecondano una graduatoria di altra natura<sup>72</sup>.

V'è da chiedersi, anticipando alcune considerazioni che si svolgeranno nel paragrafo successivo, se le penalizzazioni a carico delle strutture che sono state previste dalle regole ministeriali siano la diretta conseguenza della funzione «promozionale» del diritto che si esplica mediante incentivi e sanzioni<sup>73</sup> e se esiste, inoltre, un criterio per delineare la *sanior pars* del corpo accademico. Se questa parte esiste, occorre stabilire se possa effettivamente sopportare, in un periodo storico contraddistinto dall'estremo rigore finanziario e da una costante riduzione delle risorse destinate al sistema universitario, il peso di quanti risultino «inattivi», «parzialmente inattivi» o «parzialmente attivi»<sup>74</sup>. Questa parte del corpo accademico, in taluni atenei italiani, sfiora il 20-30% del personale docente. E ciò, oltre ad avere dirette

<sup>71</sup> In argomento, V. Pinto, *Valutare e punire*, Napoli, Cronopio editore, in part. 24 ss.

<sup>72</sup> Sul punto, C. Barbati, *Il sistema di valutazione della ricerca*, in *La riforma dell'università tra legge e statuti: analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, a cura di M. Brollo e R. De Luca Tamajo, Milano, Giuffrè, 2011, 309-318.

<sup>73</sup> N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 1964, cit. in G. della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, cit., 491, nota 19.

<sup>74</sup> È così che sono definiti i docenti che non hanno sottoposto a valutazione alcun prodotto, che ne hanno sottoposti due in meno rispetto a quanto richiesto, che ne hanno sottoposto uno in meno rispetto a quanto richiesto.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

conseguenze sul binomio valutazione-risorse, ne determina altre, indirette ma forse più odiose, sul futuro reclutamento e sulla capacità del sistema universitario di attrarre giovani studiosi.

### 3.8. (segue) *La produttività degli accademici*

Buona parte della *querelle* sulla produttività (o improduttività) dei docenti universitari e, in particolare, dei giuristi, è stata già delineata nel paragrafo precedente. Le riflessioni che seguono, seppur maggiormente dettagliate, intendono completarle.

Occorre porsi, per affrontare l'argomento alla luce dei risultati della valutazione, alcune domande preliminari. Nello statuto giuridico dei professori universitari è compreso il dovere di pubblicare lavori scientifici? E, per converso, è possibile che le strutture ministeriali, e in particolare l'AN-VUR, così come stabilito dagli artt. 1 e 5 della legge Gelmini, esercitino un sindacato *ab externo* sull'esercizio di tale dovere? Esiste un mercato della produzione scientifica accademica che presupponga una corsa alla quantità-qualità da parte dei «produttori»? Si tratta di domande cruciali, tangenti a temi sensibili quali l'indipendenza e la responsabilità del corpo accademico, la libertà della scienza e di insegnamento<sup>75</sup>, le competenze degli atenei, dei dipartimenti universitari e degli enti di ricerca e, infine, la capacità concreta di incidere sull'avanzamento della scienza e del sapere mediante la diffusione di risultati originali e verificabili<sup>76</sup> nelle opportune sedi editoriali.

I risultati della valutazione indicano che nell'intera area giuridica, nella quale sono stati valutati i lavori scientifici di quasi 4.700 «strutturati», è come se circa 1.000 professori e ricercatori, quasi un quarto del totale, avessero scritto meno di tre lavori scientifici nell'arco di sette anni (2004-2010). E ciò si verifica nella migliore delle ipotesi<sup>77</sup>. Nella peggiore, invece, quasi 300 professori e ricercatori non hanno pubblicato nulla nell'arco dello stesso

<sup>75</sup> *Amplius*, A. Paletta, *Il governo dell'università: tra competizione e accountability*, Bologna, Il Mulino, 2004, e *Il sistema universitario in trasformazione*, a cura di E. Carloni, Napoli, ESI, 2011.

<sup>76</sup> Si veda, su questa impostazione, il documento contenente la «Proposta del Consiglio Universitario Nazionale» avente ad oggetto «Criteri, modalità e procedure per il riconoscimento di scientificità delle riviste» del 6 dicembre 2012, in part. 2-3

<sup>77</sup> Si tratta di ipotesi poiché il procedimento di valutazione non mira a delineare un profilo qualitativo dei singoli professori universitari e ricercatori, se non altro perché chiamati a sottoporre a valutazione solo una piccola parte delle loro ricerche. Pertanto, sarebbe stato contrario allo spirito della VQR individuare, per tacere dell'eventuale violazione della riservatezza, quanti, in particolare, risultino scarsamente produttivi.

tempo. Si tratta, giova affermarlo con forza, di una semplice constatazione di fatti *misurati* attraverso strumenti tecnici di cui la stessa ANVUR ha garantito l'efficienza. Il presupposto di fondo, cui occorre aderire per colorare di senso i dati appena presentati, è che la c.d. «seconda missione» dell'università, ossia la ricerca, sia anche e prevalentemente, in una misura che le regole ministeriali alla base della valutazione della qualità della ricerca configurano come *minima*, la missione del corpo accademico.

Occorre intendersi. Se si ritiene accettabile la mancata pubblicazione di lavori scientifici da parte dei professori e dei ricercatori universitari, magari perché impegnati in funzioni amministrative all'interno degli atenei, perché prossimi al pensionamento o perché appartenenti ad atenei in cui si svolge solo attività didattica, allora le regole alla base delle graduatorie di struttura funzionali alla ripartizione delle risorse sono, di conseguenza, profondamente ingiuste. Se, d'altra parte, si ritengono fondati alcuni doveri d'ufficio del personale accademico quali l'attività di ricerca e la sua diffusione, allora i profili di ciascuna struttura, emergenti dal procedimento di valutazione, offrono un quadro sufficientemente dettagliato dello stato presente della produttività scientifica – ammesso che la si possa definire in termini vagamente aziendalistici – dei professori e ricercatori di università ed enti di ricerca. Il quadro è, purtroppo, impietoso, anche e soprattutto se paragonato alle altre aree CUN<sup>78</sup>.

### 3.9. La riservatezza e l'anonimato

In base all'art. 6, c. 4, del d.lgs. 5 giugno 1998, n. 204, le pubbliche amministrazioni possono comunicare dati relativi ad «attività di studio o ricerca» a «laureati, dottori di ricerca, tecnici e tecnologi, ricercatori, docenti, esperti e studiosi». I dati non costituiscono documenti amministrativi di cui alla legge sul procedimento.

In base all'art. 12 del d.m. 15 luglio 2011, che richiama l'art. 6 del d.lgs. appena citato, l'ANVUR diffonderà i risultati della VQR, nonché i giudizi delle singole pubblicazioni valutate, fermo restando il rispetto dell'anonimato dei *referee*. Inoltre, gli elenchi degli esperti revisori saranno resi disponibili agli interessati che potranno esercitare il diritto d'accesso senza la possibilità, tuttavia, di conoscere chi abbia valutato cosa.

Dal punto di vista della rendicontazione dell'attività delle pubbliche

<sup>78</sup> Ad esempio, i «prodotti di ricerca» mancanti sono, in media per tutte le aree CUN, il 5% circa del totale. Nell'area giuridica si giunge ad oltre il 7%.

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

amministrazioni, in base agli artt. 4 e 13 del d.P.R. 1 febbraio 2010, n. 76, l'ANVUR è tenuta a rendere pubblici i risultati delle proprie analisi e valutazioni. Le istituzioni interessate potranno chiedere motivatamente, una sola volta e sulla base di procedure disciplinate da un regolamento che il Consiglio direttivo dell'ANVUR dovrà adottare, il riesame dei «rapporti di valutazione approvati dall'Agenzia». Tale circostanza, è bene precisarlo, riguarda l'oggetto teleologico della valutazione, ossia gli atenei, gli enti di ricerca e i dipartimenti.

La valutazione della qualità della ricerca non deve, se vista dall'angolo visuale della tutela della riservatezza, comportare un'eterogeneità dei fini. Non deve, cioè, tradire le legittime aspettative di anonimato degli esperti *referee* impegnati nell'attività di valutazione dei lavori scientifici. Su tale aspetto, il Consiglio di Stato (sez.VI, 8 febbraio 2013, n. 706, ha chiarito che la valutazione dei pari, garantendo l'anonimato dei revisori e la loro competenza, pare conforme ai principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità. Essa permette ai revisori di svolgere la propria attività di valutazione in modo obiettivo, senza rischi di condizionamento esterno. Se, poi, la VQR 2004–2010 è finalizzata alla valutazione di atenei ed enti di ricerca, essendo parziale ed inidonea a fornire giudizi qualitativi globali, essa non deve in alcun modo fornire elementi per valutare i singoli professori e ricercatori universitari e, neppure, per identificare il legame tra valutatori e oggetti della valutazione.

Come osservato dal Presidente del Garante per la protezione dei dati personali<sup>79</sup>, «la legittimità della divulgazione [...] da parte di un soggetto pubblico di dati personali [...] è subordinata dal Codice in materia di protezione dei dati personali a una previsione legislativa o regolamentare e dalla funzionalità di tale forma di pubblicità alle finalità perseguite dall'amministrazione stessa», presupposti che non si riscontrano in questo caso, né per i dati che identificano gli esperti revisori impegnati nella revisione dei pari<sup>80</sup>.

### 3.10. La classificazione delle riviste: dai rating agli «indicatori di prodotto»

La classificazione delle riviste (*rating*), improntata alla logica della *informed-peer review* che precede l'attività valutativa dei pari, ha suscitato vibranti

<sup>79</sup> A. Soro, *Vanno protette le valutazioni dei ricercatori*, in *IlSole24Ore*, 3 novembre 2012, disponibile su [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). Si tratta del parere n. 23263 del 19 settembre 2012.

<sup>80</sup> Gli estremi dell'intervento sono richiamati anche all'interno del *Rapporto finale* del Gruppo di esperti della valutazione dell'area giuridica, disponibile su [www.anvur.org/rapporto](http://www.anvur.org/rapporto).

polemiche all'interno della comunità scientifica dei giuristi e, più in generale, all'interno del mondo accademico<sup>81</sup>.

Occorre fare – ove ve ne fosse necessità – chiarezza. La sola lista di riviste che abbia un legame diretto con la valutazione della qualità della ricerca, non, quindi, con altre procedure di misurazione–valutazione, è quella contenuta all'interno del c.d. «*Documento di lavoro*» stilato dal Gruppo di esperti della valutazione dell'area giuridica. Al suo interno, oltre ad una serie di nutrite avvertenze sul suo scopo meramente sperimentale, alla sua incompletezza e alla sua rigida non vincolatività al fine della formulazione di giudizi rigorosamente di merito da parte dei *referee*, vi si trova un condensato di riviste. Esso, suddiviso in tre fasce (A, B, C) e contenente anche un piccolo novero di riviste internazionali ritenute «rilevanti», è stato il frutto di consultazioni aperte con tutte le società scientifiche dell'area giuridica. Il Gruppo di esperti si è discostato dal parere reso dalle società (lo ha fatto, per la verità, in un numero limitato di casi) allorché lo abbia ritenuto opportuno, per cui si può affermare che il *rating* non sia il frutto di uno sforzo congiunto, bensì di un perfezionamento *al margine* delle valutazioni espressione delle comunità scientifiche di riferimento, in ogni settore scientifico-disciplinare.

Che un *rating* di riviste, sebbene non vincolante nei confronti di giudizi sul contenuto e mai sul contenitore delle pubblicazioni scientifiche, abbia effetti surrettizi o non voluti è circostanza che può verificarsi ma la cui controprova è ardua da fornire. Che esistano degli «indicatori di prodotto» volti a definire uno specifico profilo di qualità per ciascuna delle riviste scelte dai giuristi quale sede di almeno uno dei loro migliori lavori scientifici, e che questa sia di gran lunga preferibile alle classificazioni *ex ante*, è fuor di dubbio. Esiste oggi, per la prima volta in Italia, la possibilità di conoscere alcune informazioni sul contenuto delle riviste scientifiche e di superare la tradizionale impostazione reputazionale che, per altre procedure, ha destato giustificati timori di arbitrarietà delle scelte e di ingiustizia manifesta.

Le riviste afferenti all'area giuridica ritenute ospiti privilegiati della migliore produzione scientifica sono oltre 630. La media degli articoli ivi

<sup>81</sup> *Ex multis*, A. Banfi, *Prima che la nave affondi. Un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento correttivo*, cit., il quale afferma, in relazione alle liste di riviste, che «L'opacità e la scarsa robustezza delle procedure di definizione [...], la mancata sterilizzazione dei conflitti di interesse, il ricorso a sporadiche e non trasparenti consultazioni con soggetti di per sé non legittimati a rappresentare le comunità scientifiche, hanno posto le premesse per conflitti all'interno dell'accademia [...]».



contenuta è di sei per rivista, a riprova del fatto che il loro panorama appare florido dal punto di vista dello spettro della ricerca coperto, diversificato sotto il profilo della ricerca multidisciplinare, ed estremamente frastagliato in relazione alle sedi editoriali, italiane e straniere. Può avere senso ritenere che, al di sotto di una certa soglia, quegli «indicatori di prodotto» cui si faceva riferimento non consegnino all'interprete risultati attendibili. Va poi considerato come sia del tutto evidente che questi indicatori si basano esclusivamente su carotaggi: ovviamente, di nessuna rivista è stata sottoposto a valutazione l'intero novero dei fascicoli, per cui le informazioni hanno una certa valenza *hic et nunc*, fotografando una realtà in continua trasformazione.

Ebbene, due sono i dati su cui riflettere. In primo luogo, alcune delle riviste su cui il giudizio delle società scientifiche ed il giudizio di eccellenza del Gruppo di esperti della valutazione erano perfettamente coincidenti, hanno dimostrato di rispettare un criterio di reputazione ma, allo stesso tempo, di ospitare molti articoli ritenuti dagli stessi accademici di riferimento come non eccellenti (in alcuni casi, solo accettabili o limitati). In secondo luogo, e la considerazione che segue discende direttamente dalla prima, alcune riviste ritenute unanimemente eccellenti e, soprattutto, scelte con maggiore frequenza dai giuristi quale sede privilegiata dei loro scritti, non presentano risultati notevoli sotto il profilo della qualità intrinseca, anche rispetto alla *performance* di altre riviste afferenti agli stessi settori scientifico-disciplinari.

È come se, quindi, gli aspetti della reputazione fossero spesso disgiunti dalla qualità, almeno in relazione all'esercizio di valutazione di cui si discute. Chiunque volesse cimentarsi nella riforma del procedimento di misurazione dei dati di fatto, prodromico alle future tornate di abilitazione scientifica nazionale<sup>82</sup>, dovrebbe tenere a mente quanto emerge dalla valutazione della ricerca. Si aggiunga, al fine di rimpinguare il dibattito con elementi certi, che i giuristi pubblicano in prevalenza, oltre che articoli su rivista, contributi in volume e monografie, a tutt'oggi valutabili esclusivamente da pari e mediante una formulazione rigorosamente attenta al metodo, all'impostazione concettuale, al contenuto e ai risultati scientifici cui l'opera perviene.

<sup>82</sup> «La misurazione, come [...] confronto, non può sostituirsi alla valutazione. Essa nasce nella valutazione e nella valutazione confluisce. L'atto decisivo dell'esame o di un concorso è un giudizio, in cui i risultati della misurazione entrano come dati di fatto molto importanti, ma non esclusivi». Apre in questi termini S. Cassese, *L'ANVUR ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione! Lo stato delle università e la valutazione della ricerca*, in *Munus*, n. 3, 2011, in part. 179 ss. «E la definizione di un sistema diventa [...] ricerca di regole, in particolare di regole adeguate alle diverse valutazioni [...]». Così C. Barbati, *La valutazione "in cerca" di regole*, in *Munus*, n. 3, 2011, 185.

L'intera *querelle* sulle classifiche di riviste ha prodotto effetti d'immagine più che di *benchmarking*: si noti che, in molti casi, i sistemi di valutazione dei pari e di «doppio cieco» non vengono considerati, di per se stessi, presidi neppure lontanamente sufficienti a garantire la qualità degli scritti pubblicati (lo è, il più delle volte, la presenza di un comitato scientifico attivo) e, in altri, il grado di diffusione nella comunità accademica di riferimento è un indicatore di qualità potenzialmente contestabile<sup>83</sup>.

Il quadro appena delineato merita una precisazione: la VQR 2004-2010, presupponendo un «velo di ignoranza» considerevole sulle valutazioni da parte degli esperti *referee*, ha fatto emergere che nell'area giuridica vengono considerati quali «pezzi da novanta» della produzione scientifica il genere letterario tradizionalmente legato al reclutamento (la monografia) ed un genere composito che potrebbe definirsi «saggio scientifico» (articolo su rivista o pubblicazione in volume collettaneo, sovente monotematica ma di lunghezza non paragonabile a quella della monografia). Il resto della produzione scientifica è quantitativamente marginale, pur conservando specificità di caratura scientifica che non devono, e non sono state, trascurate.

Il superamento dei *rating* di riviste e il perfezionamento degli «indicatori di prodotto» cui si è fatto cenno, muovono naturalmente dalla reputazione che i giuristi italiani nutrono per i loro stessi scritti e per le caratteristiche dello *stock* di ricerca pubblicato tra il 2004 e il 2010 e scelto per la valutazione. Nulla, tuttavia, induce a ritenere che il metodo basato sul giudizio di più pari debba essere perfezionato tanto da svilire la valutazione dei contenuti scientifici.

<sup>83</sup> Una rivista giuridica diffusa all'estero ma quasi sconosciuta in Italia può considerarsi di qualità maggiore rispetto ad una diffusa solo ed esclusivamente a livello nazionale ma presente in molte biblioteche pubbliche? Per le riviste telematiche, ha senso porre un interrogativo simile al precedente? La lingua di pubblicazione degli scritti è davvero un indicatore di qualità da prendere in considerazione, seppur implicito? Gli esiti della *peer review*, se presente, sono sindacabili? Cosa deve intendersi esattamente per «diffusione editoriale»? Basta considerare, a tal fine, il numero di abbonamenti? Occorre, diversamente, «intervistare» i potenziali interessati ai contenuti e promuovere «indagini di mercato»? Il parere delle società scientifiche deve essere considerato come preponderante rispetto a quello, misurabile, dei giuristi che decidono di sottoporre a valutazione solo pochissimi articoli pubblicati su riviste tradizionalmente ritenute eccellenti? Si tratta di quesiti che occorrerà porre in occasione del prossimo esercizio di valutazione della qualità della ricerca e su cui val la pena discutere ragionando di ricerca scientifica nel campo delle scienze umane e sociali.

### 3.11. Quale divario territoriale nella ricerca giuridica?

Si consideri, infine, la c.d. «graduatoria di area» di cui si è trattato nel par. 3.4. Tra i grandi atenei, il primo del meridione è sesto su dodici; tra i medi atenei, il primo del sud Italia è terzo su trenta; tra le piccole università, la prima meridionale è quarta su ventinove<sup>84</sup>. Se gli stessi risultati si leggono in relazione ai ventuno settori scientifico-disciplinari, si scopre che alcune università del sud sono ai primi posti nella ricerca di diritto privato, della navigazione, del lavoro, costituzionale, canonico ed ecclesiastico, tributario, romano e nella filosofia del diritto. Sembra, allora, che al paradigma tradizionale della sperequazione territoriale debba sostituirsi, almeno nell'ambito della ricerca giuridica, quello della specializzazione funzionale: dalla VQR 2004-2010 per le scienze giuridiche non sembrano trasparire steccati territoriali. Anzi, alcune università del Sud presentano profili qualitativi comparativamente migliori delle altre.

La questione appare, tuttavia, mal posta e si appresta a confermare un *cliché*. Occorre, pertanto, utilizzare i risultati della valutazione della qualità della ricerca riferiti a tutti gli indicatori di cui si è discusso (non solo, quindi, a quello che misura la qualità intrinseca dei lavori scientifici). In riferimento alla mobilità degli studiosi, alla capacità di attrarre risorse pubbliche e private, all'utilizzo di risorse proprie per progetti di ricerca, le stesse università che primeggiano nella ricerca sono, in media, agli ultimi posti e, per ciò stesso, potrebbero acquisire, *nel complesso* e solo dopo la decisione del Ministro circa la ripartizione dei fondi premiali, meno risorse delle altre.

Salvo alcune eccezioni, nell'area giuridica le università meridionali ottengono valutazioni relativamente basse in relazione al reclutamento dei ricercatori «eccellenti», così come in relazione all'improduttività scientifica. Se è vero, quindi, che le università meridionali non perdono, in media, la partita della qualità *pura* della ricerca giuridica, e anzi spesso la vincono, perdono quella legata alle scelte di reclutamento, alla capacità di attrarre investimenti, di vincere bandi competitivi in Italia e all'estero, di favorire lo studio all'estero dei propri docenti e di attrarne dai Paesi stranieri.

V'è da chiedersi se tali questioni siano, come è probabile, solo incidentalmente legate alla qualità e attengano, invece, a profili di sviluppo territoriale. In tal senso, assumono particolare rilevanza gli strumenti di matrice solidaristica e finalizzati alla coesione di sistema: in particolare, la pere-

<sup>84</sup> Le considerazioni appena svolte assumono che le graduatorie costruite per voto medio siano strutturalmente corrette. In verità, se si guarda ai soli lavori scientifici ritenuti eccellenti, il risultato non cambia di molto.

quazione del fondo di finanziamento ordinario<sup>85</sup> e criteri *de iure condendo* che premiono, in ipotesi, la sola qualità della produzione scientifica senza mischiarla con altri, seppur importanti, aspetti del ruolo universitario nella società<sup>86</sup>. In ultimo, sembra irrinunciabile la presa di coscienza, da parte del mondo accademico, che ogni scelta di politica universitaria produrrà, con effetti sempre più forti e sempre più amplificati, conseguenze sul piano della tenuta finanziaria degli atenei e sull'attrazione di risorse, di ricercatori e di nuovi studenti<sup>87</sup>.

#### 4. La solidità dell'edificio: il “regime” della valutazione e l'ipotesi della Regina rossa

Il lungo percorso che ha condotto l'area delle scienze giuridiche a poter disporre di dati attendibili sullo stato presente della ricerca merita di proseguire<sup>88</sup> per tre ragioni principali. La prima è puramente speculativa: i risultati della valutazione consentono, per la prima, di far luce su alcune caratteristiche degli atenei, dei dipartimenti universitari, degli studiosi e del modo con cui essi si avvicinano alla ricerca scientifica. Proprio per il fine dell'esercizio di valutazione concluso nel 2013, questi dati hanno rilevanza

<sup>85</sup> In base alla legge Gelmini, art. 11, «L'intervento perequativo viene ridotto proporzionalmente laddove la situazione di sottofinanziamento derivi dall'applicazione delle misure di valutazione della qualità di cui all'art. 5 della presente legge e all'art. 2 del d.l. 10 novembre 2008, n. 180, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 gennaio 2009, n. 1».

<sup>86</sup> Sui problemi aperti, si veda diffusamente *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, a cura di C. Franchini e G. della Cananea, Torino, Giappichelli, 2009.

<sup>87</sup> Problemi non dissimili sono avvertiti all'estero. A. Bradney, *English university law schools, the age of austerity and human flourishing*, in AA.VV., *Symposium in honor of William Twining*, Abingdon, Taylor & Francis, 2011, 59-71.

<sup>88</sup> Il Gruppo di esperti della valutazione dell'area giuridica, nel suo *Rapporto finale*, cit., precisa che «Ordinando osservazioni precedentemente svolte nel quadro della valutazione della qualità della ricerca, si può dire [...] che il modello valutativo adottato (*peer review*) è quello reputato di gran lunga preferibile dalla comunità scientifica dei giuristi, nonché l'unico tecnicamente affidabile; che l'applicazione di tale modello, pur se va perfezionato, produce risultati attendibili in ordine ai prodotti valutati e che la sua applicazione alla VQR 2004-2010 ha prodotto i migliori risultati possibili, date tutte le condizioni di contesto cui il rapporto ha fatto cenno in maniera diffusa; che tuttavia esso richiede uno sforzo difficilmente replicabile con frequenza adeguata, specialmente se applicato a lavori scientifici in numero estremamente elevato, alla finalità di un costante monitoraggio del sistema; che esso fornisce un quadro compiuto dello stato della ricerca relativamente al campione considerato».

## risultati e prospettive della valutazione della ricerca

pubblica e offrono un quadro sufficientemente aggiornato della ricerca giuridica, pur con tutte le cautele cui si è già accennato. La seconda è legata alla diffusione dei risultati originali della ricerca e alla loro pubblicazione nelle idonee sedi editoriali, ai legami dei giuristi italiani con i loro pari stranieri, all'apertura di uno spazio comune nel quale adoperarsi per far avanzare il sapere scientifico. La lettura dei dati della VQR 2004-2010 consiglia di promuovere il potenziamento di tutti questi aspetti<sup>89</sup>. La terza è strategica e attiene al miglioramento progressivo a cui le componenti del sistema universitario dovrebbero tendere: se la valutazione, lentamente<sup>90</sup>, è entrata nella cultura giuridica italiana e se questa, come è ormai evidente, è legata a doppio filo con la distribuzione di risorse pubbliche, la corsa al merito può essere declinata in modo altamente proficuo e rappresentare il vero centro del sistema<sup>91</sup>. Non solamente, quindi, l'oggetto del contendere.

Senza un "regime" della valutazione, intendendosi con questo tanto la frequenza con cui condurre esercizi valutati quanto la sostanziale ma non totale identità di metodi e criteri, i buoni propositi si annacquerebbero sino a diluirsi del tutto. L'onerosità del regime, tuttavia, appare indiscutibile, sia per la mole del lavoro svolto sia per i tempi nei quali simili esercizi possono concludersi in maniera accurata. Perdere l'abbrivio, però, è sconsigliabile: elementi preziosi sia per conoscere che per regolare in modo consapevole verrebbero persi. D'altra parte, proprio per questo motivo, i risultati della valutazione della qualità della ricerca non devono essere letti in prospettiva assoluta: offrono, come richiamato più volte, uno spaccato del sistema della ricerca e solo il confronto di serie storiche, nel lungo periodo, potrà fornire la base per orientamenti politici di comprovata solidità. D'altro canto, la separazione tra tecnica e politica nella valutazione deve essere netta, così come la circoscrizione dei ruoli nell'attività valutativa. Non si potrebbe immagi-

<sup>89</sup> Una questione non nuova che attiene, tra l'altro, al ruolo della ricerca giuridica e dell'insegnamento del diritto all'interno della società. In argomento, A. Peczenick, *Legal research, growth of science and moral theory*, in *Objectivierung des rechtsdenkens. Gedachtnisschrift für Ilmar Tammelo*, ed. by H. von Werner Krawietz, T. Mayer-Maly, O. Weinberger, Berlin, Dunker & Humblot, 1984, 137-154, nonché *What are law schools for?*, ed. by P.B.H. Birks, Oxford, Oxford University Press, 1996, in part. 18 ss.

<sup>90</sup> S. Sica, *Un approccio equilibrato in tema di valutazione della ricerca giuridica*, in *Munus*, n. 3, 2011, in part. 672.

<sup>91</sup> Si veda, *amplius*, *Governare le università. Il centro del sistema*, a cura di C. Bologna e G. Endrici, Bologna, Il Mulino, 2011. Sulle maggiori criticità, *Ripensare l'università: un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, a cura di A. Arcari e G. Grasso, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*, in part. 47 e ss. a proposito dei criteri e degli indicatori nelle scienze sociali e 131 ss. su caratteri, efficacia e limiti della valutazione della ricerca.

nare, infatti, un organo tecnico che fissa i criteri di ripartizione delle risorse pubbliche oppure una esplicazione individuale degli effetti della valutazione.

Dai risultati della valutazione della ricerca nelle scienze giuridiche, emerge, tuttavia, un aspetto di carattere generale. Lo stato del sistema universitario italiano mostra che, a fronte di progressive e notevoli ristrettezze economiche, il paradigma competitivo-evolutivo assume un ruolo di primazia. In tale ottica, la corsa al potenziamento della qualità è necessaria, anche nel campo della ricerca giuridica. Data questa accelerazione, mutuando un'espressione dalla teoria biologica nota come «ipotesi della Regina rossa», potrebbe affermarsi che si deve impiegare tutta la velocità di cui si dispone per rimanere nello stesso posto e correre due volte più veloce se si vuole migliorare<sup>92</sup>. Non è poco, dunque, quello che le singole componenti del mondo universitario devono fare<sup>93</sup>. Un primo passo, volto alla comprensione dell'esistente, è già stato compiuto. Un altro, indirizzato a decisioni di posizionamento strategico e di progressivo miglioramento, può essere intrapreso sin da subito<sup>94</sup>.

### *Abstract*

*The Italian Assessment of Research Quality (VQR 2004-2010), which has been concluded in 2013, is the first assessment exercise devoted to the distribution of*

<sup>92</sup> Proposta nel 1973 dal biologo Leigh Van Valen (*A New Evolutionary Law*, in *Evolutionary Theory*, n. 1 1973, 1-30), l'ipotesi della Regina rossa contraddistingue i sistemi evolutivi: per evitare l'estinzione, le specie devono adoperarsi in maniera sempre più accanita per sopravvivere, visto che tale capacità non migliora affatto con il tempo. La metafora è tratta da un episodio fantastico descritto da L. Carroll, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There (1871)*, trad. it. *Attraverso lo specchio e quello che Alice vi trovò*, Milano, Rizzoli, 2010.

<sup>93</sup> V. Zeno-Zencovich, *Ci vuole poco per fare un'università migliore. Guardando oltre la Riforma Gelmini*, L'Aquila, Il Sirente, 2011.

<sup>94</sup> Il *Tavolo congiunto* delle associazioni giuridiche ha elaborato, nel marzo 2011, un documento «*Sui criteri di valutazione dei prodotti della ricerca giuridica*». Vi si legge a pagina 1, allorché si ragiona sull'indispensabilità della valutazione, che «L'elaborazione di criteri o *standards* per la valutazione dei prodotti della ricerca scientifica [...] può risultare addirittura indispensabile ai fini delle decisioni in punto di destinazione e ripartizione di risorse finanziarie pubbliche a favore della ricerca e dei ricercatori, di avanzamenti di carriera di questi ultimi, [...] essa può risultare altresì utile ai fini della indicazione di criteri minimi da osservare nell'ambito delle procedure, comunque disciplinate, di reclutamento dei nuovi componenti della comunità scientifica ed in specie accademica (universitaria), nei diversi settori scientifico-disciplinari previsti dall'ordinamento [...]».

## **risultati e prospettive della valutazione della ricerca**

*public resources to Italian universities. Even if it represents only a part of the more general debate dealing with research assessment in the humanities, it offers however a unique point of view on Italian academic research in legal sciences and its main features. Moving from this overview, the contribution focuses on eleven points, each of them has a strong relation with research assessment: the requirements to make its results plausible, the assessment methods, the procedural guarantees, the university rankings and the distribution of public assignments, the internationalization of legal research, the competition paradigm in research, the «productivity» of Italian legal scholars, the protection of privacy during the evaluation process, the rating of legal journals and its possible passing over, the territorial gap in the research activity. The slow pace, as it is traced, needs an accurate reflection both for the design of future assessment exercises and the possible development of certain features of Italian academic research in the legal sciences.*





## NOTIZIE SUGLI AUTORI

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.

MONICA COSSU è professore associato di diritto commerciale presso il Dipartimento di Scienze economiche e aziendali dell'Università di Sassari.

MELANIA D'ANGELOSANTE è ricercatore di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

ANNAMARIA DE MICHELE è assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Venezia IUAV.

FABIO DI CRISTINA è dottorando di ricerca in Diritto ed Economia nell'Università degli studi di Siena. Presta servizio presso l'Ufficio legislativo del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

DOMENICO D'ORSOGNA è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Sassari.

MARCO MAZZARINO è professore associato di economia applicata presso il Dipartimento di Pianificazione e Progettazione in Ambienti Complessi dell'Università di Venezia IUAV.

MASSIMO OCCHIENA è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Studi giuridici dell'Università di Milano Bocconi.

GIUSEPPE PIPERATA è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Pianificazione e Progettazione in Ambienti Complessi dell'Università di Venezia IUAV.

ARISTIDE POLICE è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2013  
dalla *Grafica elettronica* - Napoli