

## SOMMARIO DEL NUMERO 2/2014

### **Saggi**

EMANUELE BOSCOLO, <i>Istruzione e inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali</i> .....	165
---	-----

### **Articoli**

ENRICO TRENTI, <i>La disciplina delle società regionali fra "statuto speciale" ed esigenze di contenimento della spesa</i> .....	199
FRANCESCA DI LASCIO, <i>Trasparenza e controlli sulle imprese</i> .....	235

### **Opinioni**

SERGIO MAROTTA, <i>La spending review nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di privatizzare</i> .....	261
---	-----

### **Note a sentenza**

CLAUDIO CATALDI, <i>La liberalizzazione "debole" del trasporto ferroviario</i> ..	268
STEFANO VACCARI, <i>Il metodo tariffario del servizio idrico alla luce del primo contenzioso</i> .....	289

NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	311
----------------------------	-----



TABLE OF CONTENTS - NO. 2/2014

**Essays**

EMANUELE BOSCOLO, *Education and Inclusion: Case Law on the Effectiveness of Welfare Rights*..... 165

**Articles**

ENRICO TRENTI, *Legislation on Regional Companies Between “Special Status” and Need for Budgetary Restraints* ..... 199

FRANCESCA DI LASCIO, *Transparency and Administrative Checks on Enterprises* ..... 235

**Opinions**

SERGIO MAROTTA, *Spending Review in Local Public Services: Need to Rationalize and Willingness to Privatize* ..... 261

**Comments**

CLAUDIO CATALDI, *The ‘Weak’ Liberalization of Rail Transport* ..... 268

STEFANO VACCARI, *The Method for Setting Tariffs of Water Service in the Light of the First Case Law*..... 289

LIST OF CONTRIBUTORS ..... 311



EMANUELE BOSCOLO

## ISTRUZIONE E INCLUSIONE: UN PERCORSO GIURISPRUDENZIALE ATTORNO ALL'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI PRESTAZIONALI

SOMMARIO: 1. La traiettoria dei diritti dall'enunciazione costituzionalistica all'attuazione concreta. – 2. La (difficile) evoluzione verso la nozione di piena integrazione scolastica. – 3. La tensione tra effettività e universalità dei diritti: discrezionalità del legislatore, vincoli organizzativi e limiti economici. – 4. La necessaria personalizzazione degli interventi. – 5. Sentenze “che costano”: la giurisprudenza costituzionale e “i diritti presi sul serio”. – 6. Le risposte di rafforzamento espresse dalla giurisprudenza amministrativa: soluzioni e tecniche processuali tra tutela cautelare e risarcitoria. – 7. Conclusione (aperta).

### **1. La traiettoria dei diritti dall'enunciazione costituzionalistica all'attuazione concreta**

Il tema della garanzia del diritto all'istruzione a vantaggio degli studenti in condizioni di difficoltà nell'apprendimento offre una straordinaria prospettiva di osservazione circa la capacità delle istituzioni scolastiche e universitarie di svolgere una funzione realmente inclusiva<sup>1</sup> e, più in generale, circa l'attitudine dell'intero sistema amministrativo a garantire livelli prestazionali idonei ad assicurare la necessaria effettività ai diritti sociali di rilevanza costituzionale<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> In termini complessivi sulle finalità, delineate direttamente dalla Costituzione, a cui deve tendere il sistema dell'istruzione, si veda la puntuale analisi di G. Corso, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, Bologna, Il Mulino, 2003, 35; in epoca più risalente si vedano V. Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 54 e S. Cassese, *La scuola. Ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, 3614; più di recente, dopo le riforme che hanno investito il sistema scolastico, M. Gigante, *Istruzione*, in *Tratt. dir. amm.*, a cura di S. Cassese, *Dir. amm. spec.*, I, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, 779 e A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, Il Mulino, 2003 (di quest'ultimo Autore si veda anche *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, in [www.costituzionalismi.it](http://www.costituzionalismi.it)).

<sup>2</sup> Un quadro generale della disciplina dei servizi sociali è offerto da E. Ferrari, *I servizi*

Il diritto degli studenti con bisogni educativi speciali (BES: oggi, sulla base delle tecniche di rilevazione dei funzionamenti individuali messe a punto dall'OMS, si profila una nozione di bisogno di assistenza scolastica che va molto oltre la dicotomia studente disabile – studente normodotato)<sup>3</sup> e degli studenti con disturbi specifici dell'apprendimento (DSA)<sup>4</sup> a ricevere una adeguata assistenza finalizzata ad un pieno inserimento nelle classi di rispettiva frequenza presenta un solido ancoraggio costituzionale e – come vedremo – va sicuramente ascritto nel novero dei diritti fondamentali della persona<sup>5</sup>, con conseguente piena doverosità dell'intervento pubblico nelle forme di volta in volta più efficaci. Si tratta di una figura dai tratti paradigmatici, il cui esame consente di gettare un fascio di luce su uno degli ambiti in cui è più forte la tensione fra il piano delle qualificazioni giuridiche della pretesa e la realtà effettuale. A quest'ultimo livello le strutture scolastiche e gli enti locali, costretti da severi vincoli economico-organizzativi, si rivelano sovente incapaci di tradurre in programmi di azione concreta il

*sociali*, in *Tratt. dir. amm.*, cit., *Dir. amm. spec.*, t. I, cit., 891 (e, già prima, in termini sistematici, E. Ferrari, *I servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 1986); R. Finocchi Ghersi, *Servizi sociali*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 5536; si veda anche *Il sistema integrato dei servizi sociali*, a cura di E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>3</sup> Si vedano, in particolare, la avanzatissima Direttiva, *Strumenti di intervento per alunni con Bisogni Educativi Speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione*, emanata dal MIUR il 27 dicembre 2012, in *www.miur.it*, in cui si legge: "... è rilevante l'apporto, anche sul piano culturale, del modello diagnostico ICF (International Classification of Functioning) dell'OMS, che considera la persona nella sua totalità, in una prospettiva bio-psico-sociale. Fondandosi sul profilo di funzionamento e sull'analisi del contesto, il modello ICF consente di individuare i Bisogni Educativi Speciali (BES) dell'alunno prescindendo da preclusive tipizzazioni. In questo senso, ogni alunno, con continuità o per determinati periodi, può manifestare Bisogni Educativi Speciali: o per motivi fisici, biologici, fisiologici o anche per motivi psicologici, sociali, rispetto ai quali è necessario che le scuole offrano adeguata e personalizzata risposta."

<sup>4</sup> Come riconosciuto dalla l. 8 ottobre 2010, n. 170, i disturbi specifici dell'apprendimento possono essere ricondotti alla dislessia, alla disortografia e alla discalculia.

<sup>5</sup> I diritti fondamentali di matrice sociale (ossia di pretesa ad una prestazione) all'istruzione degli alunni disabili sono stati, a suo tempo, autorevolmente compresi nel novero dei 'nuovi diritti fondamentali' (che si aggiungerebbero a quelli che compongono il catalogo delle libertà e dei diritti prestazionali del costituzionalismo classico): F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995. Più in generale, sui diritti fondamentali-sociali: A. Baldassarre, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1996, p. 63 ss.; P. Caretti, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005. Sull'apporto della Corte costituzionale nelle messa a fuoco dei confini e dei contenuti di tale categoria, C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000 e M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 1.

vincolo di intervento su di essi gravante: i contenuti materiali del diritto si definiscono conseguentemente in termini frustranti o comunque depotenzianti in ragione dell'insufficienza delle risposte prestazionali realmente garantite ai singoli. Ci si trova quindi di fronte – nei suoi termini più evidenti (e crudi) – al conflitto irrisolto tra aspirazione all'universalismo e all'appropriatezza (sul versante del novero dei percettori e della qualità delle prestazioni), da un lato, e vincoli di sostenibilità economico-organizzativa, dall'altro. Peraltro le tracce di un tale inaccettabile disallineamento si riscontrano immediatamente ad una osservazione non meramente formale dell'universo materiale del sistema di istruzione e fanno risaltare la distanza che ancora separa dall'attuazione del vincolo costituzionale.

Nel tentativo di non perdere di vista proprio questa tensione, nel presente scritto si cercherà innanzitutto di far luce sul decisivo ruolo assunto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nell'elaborazione di uno statuto rafforzato del diritto fondamentale attribuito a ciascuno studente necessitante di assistenza; per evitare tuttavia di fermarsi sulla superficie della problematica oggetto di indagine, si cercherà di seguire il percorso di esplicazione di questi diritti anche all'atto del successivo passaggio verso la dimensione attuativa: in questa prospettiva empirica occorrerà quindi fare il punto sulle tecniche impiegate e sui risultati ottenuti entro la giurisdizione amministrativa. L'estensione dell'analisi in direzione del piano applicativo consente infatti di cogliere come su quest'ultimo fronte, entro un contenzioso dai numeri che spesso rimangono sottotraccia e pur con tutti i limiti dell'intervento sulla singola situazione individuale, sono soprattutto i Tribunali Amministrativi Regionali, con una intransigenza non minore rispetto a quella manifestata dalla Corte costituzionale, a farsi carico di scongiurare il rischio che all'enunciazione nominalistica di fundamentalità della correlativa pretesa ormai deducibile dal panorama costituzionalistico venga a corrispondere una scatola sistematicamente e desolantemente vuota.

## **2. La (difficile) evoluzione verso la nozione di piena integrazione scolastica**

Le premesse costituzionali del discorso attorno all'inclusione scolastica non lasciano spazio a dubbi o incertezze. L'enunciazione del compito pubblico di promozione dell'uguaglianza sostanziale di tutti i cittadini<sup>6</sup> e il ri-

<sup>6</sup> U. Romagnoli, *Commento all'art. 3, II comma*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, art. 1-12, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1975,

conoscimento del principio personalistico<sup>7</sup>, oltre a spingere verso la riconformazione dell'ordinamento statale in direzione dello schema dello Stato sociale (in coerenza con il modello welfaristico delineatosi nel secondo dopoguerra)<sup>8</sup>, costituiscono il sostrato assiologico su cui si innestano ulteriori previsioni costituzionali partitamente riferite ai singoli diritti sociali<sup>9</sup>, fra le quali – ai fini della presente analisi – vengono in rilievo soprattutto quelle contenute nell'art. 34, primo comma, Cost. ove è sancito, sempre a vantaggio di tutti i soggetti e senza possibilità di esclusioni, il diritto all'istruzione («La scuola è aperta a tutti»)<sup>10</sup> e soprattutto nell'art. 38, secondo comma,

162; B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, Cedam, 1984; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, in part., 91, secondo cui “il secondo comma dell'art. 3 allarga il principio di eguaglianza trasformandolo da ‘formale’ in ‘sostanziale’”; G. Arena, *Valori costituzionali e amministrazione*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, Giuffrè, 1993, I, in part., 7, ha scomposto il testo della disposizione costituzionale segnalando che vi sono contenute: “a) un'asserzione (esistono ostacoli di ordine economico e sociale); b) un compito o incarico (la rimozione degli ostacoli); c) una caratterizzazione causale degli ostacoli (ostacoli in quanto limitano...); d) una finalizzazione complessiva (rimossi gli ostacoli che limitano, si saranno create le condizioni affinché...)”. Sul versante degli – imprescindibili – studi nell'ambito della filosofia politica, in termini riassuntivo-introductivi: R. J. Arneson, *Eguaglianza ed eguali opportunità di benessere*, in *L'idea di eguaglianza*, a cura di I. Carter, Milano, Feltrinelli, 2001, in part., 173; R. Dworkin, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano, Feltrinelli, 2002, in part., XI, ed E. Somaini, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, Donzelli, 2002.

<sup>7</sup> S. Cotta, *Persona (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 159.

<sup>8</sup> W. Beveridge, *Relazione sull'impiego integrale del lavoro in una società liberà*, Torino, Einaudi, 1948; R. M. Titmuss, *Saggi sul Welfare State*, Roma, Lavoro, 1985; C. Regonini, *Stato del benessere*, in N. Bobbio, G. Matteucci, G. Pasquino, *Il dizionario di politica*, II ed., Torino, UTET, 2004; restano naturalmente fondamentali anche le riflessioni critiche di M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il Politico*, 1977, 205 e in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1977, 139 e ora in Id., *Scritti giuridici*, VII, 1977-1983, Milano, Giuffrè, 2005, 89 (in relazione a questo particolare profilo dell'elaborazione gianniniana: G. Corso, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, *Vita e opere di Massimo Severo Giannini*, 2001, 1071, e S. Cassese, *Lo 'Stato pluriclasse' in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di S. Cassese, G. Calcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio, Bologna, Il Mulino, 1994, 11). Per un convincente quadro ricostruttivo si veda anche G. Pastori, *Diritti e servizi oltre la crisi dello stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1081.

<sup>9</sup> G. Corso, *Servizi pubblici e Costituzione*, in *Democrazia e amministrazione. In ricordo di V. Bachelet*, a cura di G. C. De Martin – G. Marongiu, Milano, Giuffrè, 1992, 223; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza materiale*, Napoli, Jovene, 1999; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>10</sup> In particolare, si veda: U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 96. Sull'eccezionale apporto della riflessione giuridica di Umberto Pototschnig sui temi dell'istruzione e della scuola, si vedano ora i contributi raccolti nel Volume *Un diritto per la scuola. Atti del Convegno Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della*



Cost., ove è espressamente garantito il diritto delle persone disabili e svantaggiate ad una piena integrazione sociale mediante l'accesso alla scuola e al lavoro («Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale»)<sup>11</sup>.

Il percorso per riempire di contenuti effettivi queste impegnative indicazioni costituzionali e per segnare una reale discontinuità rispetto ad un passato di sistematica esclusione degli studenti più bisognosi si è tuttavia rivelato lungo e travagliato. In questo settore erano molto forti e persistenti i retaggi della lunga stagione (corrispondente al periodo di affermazione dello Stato liberale) in cui le uniche forme di episodico intervento a vantaggio dei 'fanciulli anormali' (o dei 'corrigendi', dei 'mentecatti' e dei 'minorati fisici e mentali': categorie di volta in volta evocate e malamente adattate nel tentativo di ricondurre entro gli schemi normativi la classe eterogenea dei disabili) erano affidate al sistema non organico della beneficenza pubblica (o, più spesso, privata ovvero religiosa)<sup>12</sup>. Questo quadro rifletteva del resto ritardi e pregiudizi ancora fortemente radicati nella società italiana, a lungo poco disposta ad un riconoscimento di piena soggettività della persona disabile<sup>13</sup>. La scuola rappresentava in tal guisa solo il primo dei mondi preclusi ai disabili: eguali sbarramenti si sarebbero poi frapposti all'inserimento nel mondo del lavoro, nel mondo dello sport, etc. La profezia finiva quindi quasi sempre per autoavverarsi: i disabili, lasciati privi di adeguata istruzione e della possibilità di sviluppare le rispettive capacità, rimanevano

*scuola. Giornata di studio in onore di Umberto Pototschnig*, Trento, 14 maggio 2003, a cura di D. Borgonovo Re, F. Cortese, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004.

<sup>11</sup> L. Violini, *Art. 38*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di M. Celotto, R. Bifulco, A. Olivetti, Torino, Giappichelli, 2006, I, 791; A. Mura, S. Cassese, *Artt. 33-34*, in *Commentario alla Costituzione Scialoja Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1976.

<sup>12</sup> Sul sistema e sui limiti della beneficenza legale e sui limiti che incontrava, in quanto sistema pensato per garantire principalmente una assistenza in istituzioni totali al ricorrere di una serie di *means tests* (imbecilli per idiotismo congenito, mentencatti-poveri, ciechi e sordomuti-poveri): V. Brondi, *La beneficenza legale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, VIII, Milano, Società Editrice Libreria, 1905, 49 e ss.; C. Astengo, *Guida amministrativa ossia commento alla legge comunale e provinciale*, Roma, Tip. Cecchini, 1889, 1454. In epoca successiva venne assegnato con l'art. 13 del T.U. 24 dicembre 1934, n. 316 all'Opera nazionale per l'assistenza dei minori anormali psichici il compito di provvedere ai fanciulli anormali rieducabili e ricuperabili. Per uno sguardo storico-ricostruttivo, U. De Siervo, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, UTET, 1987, I, 445. J. Abler, *Dalla carità allo Stato sociale*, Bologna, Il Mulino, 1987; S. A. Frego Luppi, *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, Giuffrè, 2005; I. A. Sorace, *Assistenza e beneficenza*, in *Dig. Disc. pubbl., agg.*, III, Torino, UTET, 2008, 31.

<sup>13</sup> F. Girotti, *Welfare State. Storia, modelli e critica*, Roma, Carocci, 2004; M. Ferrera, *Le politiche sociali*, Bologna, Il Mulino, 2006.

lontani dal risultato di una possibile integrazione e, con una circolarità perversa, tali pur limitatissimi interventi (sovente possibili solo grazie all'impegno individuale di singoli insegnanti) si esponevano ad una valutazione riduttivamente banalizzante, alla stregua di azioni comunque destinate ad un ineluttabile fallimento a fronte dell'(asserita) irrecuperabilità dei deficit. Non si andava quindi oltre il caritatevole, sulla presupposizione che non fosse possibile, e quindi opportuno, tentare di costruire una autentica strategia di integrazione. Il singolo disabile era considerato portatore di una condizione da alleviare, mentre la disabilità non era ancora avvertita come una sfida per l'intera società. Come è stato puntualmente rimarcato da Martha C. Nussbaum (filosofa fortemente impegnata nella riflessione dei diritti dei disabili), ai limiti indotti della dimensione biofisica, si aggiunge(va) una «disabilità (...) socialmente costruita»<sup>14</sup>, tale da frapporre limiti spesso ancor più invalicabili dei primi.

Per avere la misura della persistenza dei modelli ottocenteschi, basti ricordare che lo spettro ghezzante delle scuole speciali e delle classi differenziate, attivate sin dagli anni venti e codificate in maniera organica dalla 26 gennaio 1962, n. 17<sup>15</sup>, venne lasciato definitivamente alle spalle solo a partire dai primi anni Settanta. Con l'art. 28 della l. 30 marzo 1971, n. 118, venne infatti finalmente riconosciuta la possibilità di *inserimento* degli alunni disabili nelle classi normali; per favorire tale inserimento era disposto che agli alunni con disabilità venissero assicurati il trasporto, l'accesso agli edifici scolastici mediante il superamento delle barriere architettoniche e l'assistenza durante gli orari scolastici degli alunni più gravi. Questa soluzione coinvolgeva tuttavia la sola scuola dell'obbligo e – proprio in quanto non espressiva di un modello generale – presupponeva l'iniziativa delle famiglie, costrette nei primi anni di attuazione di tale legge a vincere enormi resistenze derivanti soprattutto dalla mancanza di una cultura specifica da parte del personale scolastico e lasciate spesso completamente sole di fronte alla scommessa dell'integrabilità.

Questa prima risposta alquanto timida e rinunciataria (pur con lodevoli eccezioni in alcune parti del paese) è stata superata solo con la l. 4 ago-

<sup>14</sup> M.C. Nussbaum, *Disables Lives: Who Cares?*, in *The New York Review of Books*, 2001, 48, ora anche in *Bisogni di cura e diritti umani*, in Id., *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, Il Mulino, 2012.

<sup>15</sup> Art. 8. *Per l'istituzione di scuole speciali per minorati psicofisici e per la rieducazione sociale, di classi differenziali nella scuola di completamento dell'obbligo, per l'incremento delle classi differenziali nelle scuole elementari, per l'assistenza igienico-sanitaria e didattica e per l'attrezzatura necessaria al funzionamento delle scuole e classi predette, per il razionale reperimento degli alunni e per la organizzazione di corsi di specializzazione per gli insegnanti, è autorizzata la spesa di lire 1.000 milioni.*

sto 1977, n. 517. Si era infatti reso manifesto, anche grazie ai lavori della Commissione Falcucci<sup>16</sup>, che il risultato di matrice unicamente procedurale dell'inserimento rappresentava un'applicazione molto parziale del principio costituzionale di eguaglianza e che gli interventi profilati dal legislatore riuscivano a garantire in termini solo formali il diritto all'istruzione. La differenza di fondo rispetto alla legge del 1971 passava per la prefigurazione di un diverso e più ambizioso obiettivo, identificabile con l'*integrazione scolastica* degli alunni con disabilità, da attuarsi mediante la presa in carico del progetto educativo individualizzato da parte dell'intero Consiglio di classe e attraverso l'introduzione organica nella classe della figura dell'insegnante specializzato per le attività di sostegno.

Si trattava di un notevole balzo in avanti, anche se va sottolineato che la *policy* inclusiva si arrestava comunque ancora una volta alla scuola dell'obbligo: la prosecuzione degli studi degli studenti disabili non era affatto garantita, in carenza di un vincolo normativo nel senso della previsione di interventi di sostegno<sup>17</sup> entro la scuola secondaria e, *a fortiori*, nel mondo universitario (a cui riusciva ad accedere un numero limitatissimo di studenti disabili)<sup>18</sup>.

Sul gradualismo della legislazione si è innestata la spinta proveniente dalla giurisprudenza. Nei decenni successivi (anni di notevoli ristrettezze per la spesa pubblica) l'elemento di svolta nel processo di piena attuazione del dettato costituzionale è stato infatti rappresentato da un fondamentale arresto della Corte costituzionale in cui, oltre a stabilire (con una sentenza di tipo sostitutivo) che anche la frequenza all'istruzione superiore dovesse essere *garantita* (e non più solamente *favorita*, con previsione del correlativo

<sup>16</sup> Va ricordato che nel corso della VI Legislatura operò una Commissione parlamentare sui problemi scolastici degli alunni handicappati. I lavori della Commissione furono presieduti dalla Sen. F. Falcucci alla quale si deve anche un Rapporto finale, noto come 'Documento Falcucci', ove si trovava affermato il principio secondo cui: "... il superamento di qualsiasi forma di emarginazione degli handicappati passa attraverso un nuovo modo di concepire la scuola e di attuare la scuola, così da poter veramente accogliere ogni bambino e ogni adolescente per favorire il suo sviluppo personale, precisando per altro che la frequenza di scuole comuni da parte dei bambini handicappati non implica il raggiungimento di mete minime comuni". Il rapporto venne allegato circolare ministeriale dell'8 agosto 1975, n. 227 avente come oggetto "Interventi a favore degli alunni handicappati".

<sup>17</sup> A. Pace, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1995.

<sup>18</sup> Si vedano, in particolare, gli scritti contenuti nella raccolta *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicata all'inclusione a vent'anni dalla l. 104 del 1992*, a cura di M. D'Amico, R. Arconzo, Milano, Franco Angeli, 2013 e G. Barone, G. Vecchio, *Il diritto all'istruzione come diritto sociale. Oltre il paradigma economicista*, Napoli, ESI, 2012.

diritto prestazionale), i giudici delle leggi hanno espresso delle puntuali indicazioni circa il risultato complessivo da perseguire concretamente nelle singole situazioni al fine di assicurare esplicitazione piena ai parametri costituzionali. La rilettura della sentenza n. 215/1987 della Consulta consente di cogliere indicazioni che ancora oggi suonano estremamente avanzate, tese a definire con precisione il vincolo di risultato a cui il sistema degli interventi pubblici deve concretamente pervenire in termini non meramente ottativi. L'arresto prendeva le mosse da un corretto inquadramento del tema, che portava a valorizzare le ricadute del principio solidaristico-personalista: «sul tema della condizione giuridica del portatore di handicaps confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale; (...) conseguentemente, il canone ermeneutico da impiegare in siffatta materia è essenzialmente dato dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela. Statuendo che "la scuola è aperta a tutti", e con ciò riconoscendo in via generale l'istruzione come diritto di tutti i cittadini, l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica. L'art. 2 poi, si raccorda e si integra con l'altra norma, pure fondamentale, di cui all'art. 3, secondo comma, che richiede il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo delle persone dei cittadini». Poste queste premesse tese a fissare un solido ancoraggio al testo costituzionale, la Corte proseguiva inserendo le misure a vantaggio dell'inclusione scolastica nel novero degli strumenti differenziati di promozione dell'uguaglianza sostanziale onde trarre i più impegnativi corollari dal pieno rilievo riconosciuto ai diritti degli studenti disabili: «lette alla luce di questi principi fondamentali, le successive disposizioni contenute nell'art. 34 palesano il significato di garantire il diritto all'istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona. L'effettività dell'istruzione dell'obbligo è, nel secondo comma, garantita dalla sua gratuità; quella dell'istruzione superiore è garantita anche a chi, capace e meritevole, sia privo di mezzi, mediante borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze (terzo e quarto comma). In tali disposizioni, l'accento è essenzialmente posto sugli ostacoli di ordine economico, giacché il Costituente era ben consapevole che è principalmente in queste che trova radice la disuguaglianza delle posizioni di partenza e che era perciò indispensabile dettare al riguardo espresse prescrizioni idonee a garantire l'effettività del principio di cui al primo comma. Ciò però non significa che l'applicazione

di questo possa incontrare limiti in ostacoli di altro ordine, la cui rimozione è postulata in via generale come compito della Repubblica nelle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3, secondo comma: sostenere ciò significherebbe sottacere il fatto evidente che l'inserimento nella scuola e l'acquisizione di una compiuta istruzione sono strumento fondamentale per quel "pieno sviluppo della persona umana" che tali disposizioni additano come meta da raggiungere»<sup>19</sup>.

Anche per effetto dell'eccezionale spinta in avanti venuta da tale sentenza<sup>20</sup>, si è potuto finalmente avviare il percorso verso una progressiva affermazione dell'idea della scuola come luogo inclusivo per definizione.

È questo il retroterra del riconoscimento del diritto allo studio a vantaggio delle persone disabili quale diritto fondamentale (incomprimibile ed esigibile) espresso, a valle di tale itinerario e in recepimento di una maggiore consapevolezza ormai diffusasi in ampi strati della società italiana, da parte della l. 5 febbraio 1992, n. 104<sup>21</sup>, ossia nella legge quadro sull'handicap. In tale legge, entro una visione olistica della persona, è stato riservato ampio spazio proprio all'itinerario scolastico delle persone disabili, dalla scuola materna<sup>22</sup> sino alle aule universitarie<sup>23</sup>, a partire dall'affermazione di principio espressa dall'art. 12 della legge («È garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie») <sup>24</sup>.

<sup>19</sup> C. cost., 8 giugno 1987, n. 215, in *Giust. civ.*, 1988, 358, con note di R. Belli, *Servizi per la libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, 1987, 1629; C. Moro, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, 1987, 3064.

<sup>20</sup> Le prime ricadute pratiche di tale sentenza si possono cogliere già nella importante Circolare del Ministero della Pubblica Istruzione del 22 settembre 1988, n. 262.

<sup>21</sup> La Corte costituzionale ha avuto modo di definire tale legge «una prima significativa risposta al pressante invito rivolto da questa Corte al legislatore di garantire la condizione giuridica al portatore di handicap» (C. cost., 29 luglio 1996, n. 325, in *Giur. it.*, 1997, I, 188; si veda anche C. cost. 1 aprile 1998, n. 88, in *Funz. pubbl.*, 1999, 1, 424).

<sup>22</sup> A quest'ultimo proposito, la Corte costituzionale ha rimarcato la necessità che l'assegno di frequenza (ossia la misura economica a favore dei disabili in età scolare, introdotta dalla l. 27 dicembre 2002, n. 289) venga disposto anche sin dai primi anni di vita onde favorire la frequenza degli asili-nido, entro cui si determinano le prime forme di socializzazione dei bambini (C. cost. 19 novembre 1992, n. 467, in *Foro amm.*, 1994, 2068).

<sup>23</sup> A quest'ultimo proposito, va segnalato che, in una fase di generalizzata regressione delle immatricolazioni, crescono invece i numeri degli studenti disabili necessitanti delle più diversificate forme di intervento.

<sup>24</sup> L'art. 12, l. n. 104/1992 sancisce il diritto del bambino disabile all'educazione e all'istruzione nella scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie, ed affida all'integrazione scolastica l'obiettivo di

Le norme della legge-quadro hanno costituito la base da cui il legislatore è successivamente partito nella redazione delle norme riferite all'istruzione dei disabili codificate, con la necessaria ampiezza, negli artt. 312-325, d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Testo unico delle disposizioni in materia di istruzione) con riferimento alle scuole elementari e superiori di primo grado.

Il percorso in direzione della piena inclusione e del riconoscimento di eguali opportunità educative a tutti i cittadini in età scolare è stato ulte-

assicurare lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione. Il successivo art. 40 della legge-quadro affida agli enti locali ed alle aziende sanitarie locali l'attuazione, nelle rispettive competenze, degli interventi sociali e sanitari volti ad assicurare la frequenza scolastica del soggetto disabile attraverso la collaborazione di tre figure specialistiche, quali, l'insegnante di sostegno, l'assistente educativo e/o alla comunicazione (di pertinenza dell'ente locale), e l'assistente all'igiene (in veste di collaboratore scolastico statale). All'individuazione dell'alunno come soggetto disabile provvede, ai sensi dell'art. 2, d.P.R. 24 febbraio 1994, lo specialista, su segnalazione ai servizi di base, anche da parte del competente capo d'istituto, ovvero lo psicologo esperto dell'età evolutiva, in servizio presso le ASL o in regime di convenzione con le medesime, che riferiscono alle direzioni sanitaria ed amministrativa, per i successivi adempimenti. Alla diagnosi funzionale, ai sensi dell'art. 3, d.P.R. 24 febbraio 1994 cit., provvede l'unità multidisciplinare composta: dal medico specialista nella patologia segnalata, dallo specialista in neuropsichiatria infantile, dal terapeuta della riabilitazione, dagli operatori sociali in servizio presso la unità sanitaria locale o in regime di convenzione con la medesima. Ai sensi del d.P.C.M. n. 185/2006, detta unità multidisciplinare redige un verbale di individuazione dell'alunno come soggetto portatore di handicap recante l'indicazione della minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, nonché la specificazione dell'eventuale carattere di particolare gravità della medesima, e l'eventuale termine di rivedibilità dell'accertamento effettuato. All'attività diagnostica fa seguito la redazione di un profilo dinamico-funzionale a cura dell'unità multidisciplinare ex art. 3 del d.P.R. 24 febbraio 1994 cit., con la collaborazione dei docenti curricolari e degli insegnanti specializzati della scuola, nonché dei familiari dell'alunno: tale profilo indica in via prioritaria, dopo un primo periodo di inserimento scolastico, il prevedibile livello di sviluppo dell'alunno in portatore di handicap nei tempi brevi (sei mesi) e nei tempi medi (due anni), sulla base della diretta osservazione ovvero sulla base dell'esperienza maturata in situazioni analoghe. A norma dell'art. 12, c. 5, l. n. 104/1992, un gruppo di lavoro costituito congiuntamente dagli operatori sanitari individuati dall'azienda sanitaria e dal personale insegnante curriculare e di sostegno della scuola e, ove presente, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico, in collaborazione con i genitori o gli esercenti la potestà parentale dell'alunno, redige il piano educativo individualizzato (p.e.i.), ove vengono descritti gli interventi integrati ed equilibrati, predisposti per l'alunno in situazione di handicap, in un determinato periodo di tempo. Il gruppo di lavoro, «in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, elabora le proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno» (art. 3, c. 2, d.P.C.M. n. 185/2006). Nel percorso scolastico successivo sono verificati, con cadenza periodica, gli effetti dei diversi interventi disposti e l'influenza esercitata dall'ambiente scolastico sull'alunno.

riormente rafforzato in seguito alla ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti della persone con disabilità (adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, sottoscritta dall'Italia in data 30 marzo 2007 e ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18), il cui art. 1 sottolinea – assumendo l'approccio dei diritti umani – la funzionalizzazione degli interventi pubblici alla costruzione dell'uguaglianza delle persone, riafferma la rilevanza degli interventi in ambito scolastico e il diritto degli studenti disabili ad ottenere una istruzione adeguata alle rispettive inclinazioni, senza incontrare ostacoli derivanti dalla condizione debilitata di partenza, come meglio precisato dal successivo art. 24, espressamente dedicato al tema cruciale dell'educazione<sup>25</sup>.

### <sup>25</sup> «Articolo 24 – Educazione

1. Gli Stati Parti riconoscono il diritto all'istruzione delle persone con disabilità. Allo scopo di realizzare tale diritto senza discriminazioni e su base di pari opportunità, gli Stati Parti garantiscono un sistema di istruzione inclusivo a tutti i livelli ed un apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita, finalizzati:

(a) al pieno sviluppo del potenziale umano, del senso di dignità e dell'autostima ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della diversità umana;

(b) allo sviluppo, da parte delle persone con disabilità, della propria personalità, dei talenti e della creatività, come pure delle proprie abilità fisiche e mentali, sino alle loro massime potenzialità;

(c) a porre le persone con disabilità in condizione di partecipare effettivamente a una società libera.

2. Nell'attuazione di tale diritto, gli Stati Parti devono assicurare che:

(a) le persone con disabilità non siano escluse dal sistema di istruzione generale in ragione della disabilità e che i minori con disabilità non siano esclusi in ragione della disabilità da una istruzione primaria gratuita libera ed obbligatoria o dall'istruzione secondaria;

(b) le persone con disabilità possano accedere su base di uguaglianza con gli altri, all'interno delle comunità in cui vivono, ad un'istruzione primaria, di qualità e libera ed all'istruzione secondaria;

(c) venga fornito un accomodamento ragionevole in funzione dei bisogni di ciascuno;

(d) le persone con disabilità ricevano il sostegno necessario, all'interno del sistema educativo generale, al fine di agevolare la loro effettiva istruzione;

(e) siano fornite efficaci misure di sostegno personalizzato in ambienti che ottimizzino il progresso scolastico e la socializzazione, conformemente all'obiettivo della piena integrazione.

3. Gli Stati Parti offrono alle persone con disabilità la possibilità di acquisire le competenze pratiche e sociali necessarie in modo da facilitare la loro piena ed uguale partecipazione al sistema di istruzione ed alla vita della comunità. A questo scopo, gli Stati Parti adottano misure adeguate, in particolare al fine di:

(a) agevolare l'apprendimento del Braille, della scrittura alternativa, delle modalità, mezzi, forme e sistemi di comunicazione aumentativi ed alternativi, delle capacità di orientamento e di mobilità ed agevolare il sostegno tra pari ed attraverso un mentore;

La pagina più recente di tale parabola legislativa è rappresentata dall'avvenuto riconoscimento con la l. 170/2010 cit. della rilevanza dei disturbi specifici dell'apprendimento espressi dagli studenti che presentano difficoltà nelle funzioni legate principalmente alla scrittura o al calcolo. A sostegno di tali studenti – ma con una indicazione destinata, su un piano più generale, a ridare nuovo impulso anche alle metodologie di trattamento dei bisogni espressi dagli studenti disabili in senso proprio<sup>26</sup> e dalla platea più ampia degli studenti che presentano bisogni educativi speciali – la legge pone l'accento sulla necessità di interventi didattici personalizzati (anche mediante strumenti compensativi di apprendimento: si pensi ai supporti informatici) e sulla possibilità di dispensa da alcuni tipi di prove di valutazione (fino all'esonero nelle prove scritte, specie nelle lingue straniere, comunque con garanzia di acquisizione dei titoli finali)<sup>27</sup>. A monte di tali interventi, ricorda la legge, è necessario un riconoscimento precoce di tali disturbi<sup>28</sup> e la reda-

(b) agevolare l'apprendimento della lingua dei segni e la promozione dell'identità linguistica della comunità dei sordi;

(c) garantire che le persone cieche, sorde o sordocieche, ed in particolare i minori, ricevano un'istruzione impartita nei linguaggi, nelle modalità e con i mezzi di comunicazione più adeguati per ciascuno ed in ambienti che ottimizzino il progresso scolastico e la socializzazione.

4. Allo scopo di facilitare l'esercizio di tale diritto, gli Stati Parti adottano misure adeguate nell'impiegare insegnanti, ivi compresi insegnanti con disabilità, che siano qualificati nella lingua dei segni o nel Braille e per formare i dirigenti ed il personale che lavora a tutti i livelli del sistema educativo. Tale formazione dovrà includere la consapevolezza della disabilità e l'utilizzo di appropriate modalità, mezzi, forme e sistemi di comunicazione aumentativi ed alternativi, e di tecniche e materiali didattici adatti alle persone con disabilità.

5. Gli Stati Parti garantiscono che le persone con disabilità possano avere accesso all'istruzione secondaria superiore, alla formazione professionale, all'istruzione per adulti ed all'apprendimento continuo lungo tutto l'arco della vita senza discriminazioni e su base di uguaglianza con gli altri. A questo scopo, gli Stati Parti garantiscono che sia fornito alle persone con disabilità un accomodamento ragionevole».

<sup>26</sup> Sulla nozione medico-legale di disabilità si vedano le indicazioni riportate in C. Hanau, S. Nocera, *Handicap*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino, UTET, 2000, 305.

<sup>27</sup> In attuazione di tale legge si vedano il D.M. 12 luglio 2011, n. 5669 (a cui sono alligate delle importanti Linee guida per il diritto allo studio degli alunni e degli studenti con disturbi specifici di apprendimento) e il successivo Accordo raggiunto in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano del 24 luglio 2012 recante indicazione per la diagnosi e la certificazione dei disturbi specifici di apprendimento: sulla funzione di questi atti nel sistema attuativo della legge, si veda F. Ancora, *Il nuovo regime scolastico degli alunni dislessici (e in generale con disturbi dell'apprendimento)*. *La legge 170 del 2012*, in *Giurisd. amm.*, 2012, V, 443.

<sup>28</sup> D.P.R. 23 febbraio 2006, n. 185 *Regolamento recante modalità e criteri per l'individuazione dell'alunno come soggetto in situazione di handicap, ai sensi dell'articolo 35, comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289*.



zione (con convergenza delle istituzioni scolastiche, socio-sanitarie e delle famiglie) di un “piano didattico personalizzato”.

### **3. La tensione tra effettività e universalità dei diritti: discrezionalità del legislatore, vincoli organizzativi e limiti economici**

Un tale progetto costituzionale<sup>29</sup> si prefigge quindi quale «meta da raggiungere»<sup>30</sup> la piena integrazione dell’alunno disabile nel contesto scolastico, come dettagliato dalle pregevoli Linee guida emanate dal MIUR nel 2009 e nel 2012<sup>31</sup>. Per raggiungere questo risultato devono quindi essere strutturati costanti interventi di sostegno che si risolvono non soltanto nella previsione a fianco dell’alunno dell’insegnante di sostegno<sup>32</sup>: le citate Linee guida pongono infatti l’accento anche sulla necessità di progetti e strategie di intervento diversificate, mirate al singolo alunno in condizione di abilità differenziata o posto in situazione di particolare bisogno, come del resto conclusivamente ribadito – con approccio suffragato dalle sperimentazioni più recenti – dalla già citata legge sulla dislessia e sui DSA. Quest’ultimo dato normativo costituisce del resto una applicazione particolare del principio di personalizzazione che nei più approfonditi studi amministrativistici sui servizi sociali era già stato indicato quale profilo caratterizzante di tale forma di intervento sul percorso di vita dei singoli<sup>33</sup> (ed, in via indiretta,

<sup>29</sup> Nel dibattito costituzionalistico, si veda: S. Troilo, *I “nuovi” diritti sociali: la parabola dell’integrazione scolastica dei disabili*, in [www.gruppopisa.it](http://www.gruppopisa.it).

<sup>30</sup> Ancora C. cost. 215/1987 cit.

<sup>31</sup> Si vedano le importanti Linee guida per l’integrazione degli alunni con disabilità pubblicate dal MIUR nel 2009 ([www.miur.it](http://www.miur.it)) e, soprattutto la già citata Direttiva del 27 dicembre 2012.

<sup>32</sup> Ancora la legge-quadro, in proposito a questa fondamentale figura, precisa che «Nelle scuole di ogni ordine e grado, fermo restando, ai sensi del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, e successive modificazioni, l’obbligo per gli enti locali di fornire l’assistenza per l’autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o sensoriali, sono garantite attività di sostegno mediante l’assegnazione di docenti specializzati»: art. 13, c. 4, l. n. 104/1992, cit. In proposito, si veda A. Pavan, *La delicata questione della continuità didattica*, in *Giur. merito*, 2010, 2482. Sulla figura del docente di sostegno si è pronunciata anche la Corte costituzionale: «Tra le varie misure previste dal legislatore viene in rilievo quella del personale docente specializzato, chiamato per l’appunto ad adempiere alle «ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno» a favore degli alunni diversamente abili (sentenza n. 52 del 2000)» C. cost. 26 febbraio 2010, n. 80.

<sup>33</sup> E. Ferrari, *I servizi sociali*, cit., *passim*; V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, Giappichelli, 2008.

sulla struttura della società). L'individualizzazione che costituisce del resto *ex se* un profilo saliente dell'attività di insegnamento, entro cui si debbono ricercare la massima personalizzazione degli apprendimenti e la valorizzazione delle diversità, nella prospettiva dello sviluppo delle potenzialità di ciascuno secondo quanto previsto nel d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275, laddove è detto che «Nell'esercizio dell'autonomia didattica le istituzioni scolastiche (...) possono adottare tutte le forme di flessibilità che ritengono opportune e tra l'altro: (...) l'attivazione di percorsi didattici individualizzati, nel rispetto del principio generale dell'integrazione degli alunni nella classe e nel gruppo anche in relazione agli alunni in situazione di handicap secondo quanto previsto dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104» (art. 4, c. 2).

Tralasciando qui ogni considerazione di ordine non giuridico, va tuttavia sottolineato che le azioni inclusive nel mondo scolastico si estendono (almeno nelle proposizioni programmatiche) ormai ben oltre il perimetro della disabilità o delle altre condizioni che determinano difficoltà di apprendimento. La scuola è del resto il mondo in cui si ripropongono tutte le condizioni escludenti presenti nella società. Si ripropone dunque in termini diversi rispetto al passato il tema dell'intervento economico a favore degli alunni provenienti da famiglie in difficoltà-marginalità<sup>34</sup>, da affrontare secondo le indicazioni generali deducibili della l. 8 novembre 2000, n. 328 e attraverso strumenti particolari come la cd. dote scuola nonché mediante altre strategie di intervento che stanno progressivamente mutando il volto delle azioni usualmente ricomprese nella consolidata nozione di diritto allo studio<sup>35</sup>, ma il discorso andrebbe allargato anche alle strategie per l'integrazione linguistica degli alunni di cultura non italiofona piuttosto che alla lotta ai cd. fenomeni di bullismo.

Certamente la strada segnata dalla sedimentazione normativa va nella direzione corretta, ma i traguardi, fattisi vieppiù ambiziosi, sono ancora lontani. A tratti nei documenti ministeriali pare affiorare una visione ottimistica e una tendenza alla rappresentazione enfatica della capacità di intervento del sistema scuole-istituzioni. Come accennato, ad onta del progressivo affinamento del dato normativo e della costante crescita del bisogno di interventi,

<sup>34</sup> *Sistema scolastico e disuguaglianza sociale. Scelte individuali e vincoli strutturali*, a cura di G. Ballarino, D. Checchi, Bologna, Il Mulino, 2006. Tra i contributi giuridici più attenti alle nuove forme di povertà: S. Cassese, *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in *Povertà e Stato*, a cura di R. Artoni, E. Bettinelli, Roma, Fond. A. Olivetti, 1987, 53; B. G. Mattarella, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359.

<sup>35</sup> S. Frego Luppi, *Studente e diritto allo studio*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, UTET, 1999, 190; G. Cavaliere, *Diritto allo studio e diritto all'istruzione dei soggetti handicappati. Quale diritto?*, in *Riv. giur. scuola*, 1993, 653.

l'osservazione della realtà effettuale mette invece in chiara evidenza la persistenza di una insufficiente capacità dell'amministrazione scolastica di offrire in tutte le istituzioni scolastiche una risposta adeguata alle reali necessità di intervento. In altri termini, si deve prendere atto di uno stridente disallineamento tra la prospettiva costituzionale (il dover essere) e la realtà di ogni giorno, pressoché in ogni parte del Paese<sup>36</sup>.

Il problema è del resto più generale e riguarda – come ampiamente noto – il tasso di “effettività pratica” del più ampio catalogo dei diritti sociali<sup>37</sup>. Alla base di un tale immanente fenomeno di disapplicazione su vasta scala del dettato costituzionale si riscontra – in quello scolastico come in altri settori – l'incapacità dell'amministrazione pubblica, a cui compete dare attuazione materiale all'elenco costituzionale dei diritti sociali, di garantire una traduzione in attività prestazionali concrete alle norme di matrice impegnativamente universalistica (“tutti vantano un pari diritto all'istruzione”) espresse dalla Carta costituzionale. In questo come in altri settori i vincoli di bilancio e le criticità organizzative sembrano decretare nei fatti un progressivo e non dichiarato scivolamento dal modello di welfare universalistico, considerato meramente ottativo e programmatico, ad un diverso schema in cui i diritti sociali<sup>38</sup> sono assicurati unicamente nei limiti delle possibilità di spesa pubblica: anche l'assistenza scolastica si dispone in tal guisa entro un modello recessivo altrove definito «universalismo sostenibile»<sup>39</sup>, in cui i diritti sociali recedono sistematicamente (e inaccettabilmente) allo statuto difettivo di diritti finanziariamente condizionati<sup>40</sup>.

A questa recessione, all'apparenza inesorabile, del diritto alle presta-

<sup>36</sup> Occorre qui dare conto anche delle penetranti osservazioni di chi, guardando con sufficiente ‘distanziamento’ il nostro sistema, ha immediatamente colto lo iato tra il livello delle affermazioni costituzionali e la ‘ruvidezza del reale’: il rimando è alle note su *L'egualianza in Italia*, contenute in G. Calabresi, P. Bobbit, *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, 1986, 187 ss.

<sup>37</sup> G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 781; G. Peces-Barba Martines, *Diritti sociali: origine e concetto*, in *Dir. soc.*, 2000, 27.

<sup>38</sup> Per una distinzione tra diritti civili, politici e sociali, si veda il fondamentale contributo di T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, Londra, Cambridge University Press, 1950 (ed. it., Id., *Cittadinanza e classe sociale*, Bari, Laterza, 2002).

<sup>39</sup> E. Boscolo, M. Cafagno, *Lo Stato “dispensatore” (la Corte costituzionale ed i servizi pubblici: cinquant'anni di giurisprudenza)*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. Della Cananea, M. Dugato, Napoli, ESI, 2006, 85; A. Massera, *Eguaglianza, giustizia e Welfare State*, in S. Battini, G. della Cananea, C. Franchini, A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperini, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, 137.

<sup>40</sup> F. Merusi, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990.

zioni di sostegno educativo-didattico in una dimensione di sempre più evidente ineffettività (a cui i destinatari delle prestazioni dovrebbero rassegnarsi, al cospetto della superiore esigenza di contenimento degli oneri dello Stato), fanno da contrappunto le ricorrenti e assai autorevoli prese di posizione della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, espressive invece di un atteggiamento improntato ad una più rigorosa tutela del diritto all'istruzione delle persone disabili.

Le conclusioni affermate in giurisprudenza muovono da un diverso presupposto costituito dalla qualificazione della posizione soggettiva dell'alunno con bisogni educativi speciali in guida di diritto fondamentale<sup>41</sup>, con ciò prefigurando i tratti di una posizione protetta insuscettibile di affievolimenti (almeno relativamente ad un nucleo fondamentale) determinati da vincoli di spesa o da dinamiche di ordine organizzativo. Va rimarcato come questa giurisprudenza sia rimasta pregevolmente ferma anche nella stagione del presente, in cui le esigenze di *spending review* sono divenute sempre più stringenti sino a divenire la vera determinante dei recenti interventi legislativi sull'amministrazione pubblica<sup>42</sup>.

Cercando di andare alle radici del problema, va effettivamente riconosciuta una criticità strutturale rispetto al ritaglio entro lo schema organizzativo generale a cui è informato il sistema scolastico di un adeguato spazio per interventi che debbono riflettere un principio di indefettibile individualizzazione. A costo di una generalizzazione, si può figurare che il sistema dell'istruzione sia percorso da una tensione tra due istanze difficilmente componibili. Da un lato, la scuola può essere descritta come un enorme e complesso apparato che tende come tutte le grandi organizzazioni<sup>43</sup> verso un modello il più possibile standardizzato<sup>44</sup>, con elementi di regolarità sui quali l'amministrazione struttura *ex ante* la rete scolastica avendo presente una domanda in aggregato. Dall'altro lato, l'attività di insegnamento rivolta

<sup>41</sup> P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006. Sul piano filosofico si veda invece L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, III ed., Bari, Laterza, 2008.

<sup>42</sup> Nello scenario di crisi sono si sono profilati anche nuovi spazi per interventi statali, contestati dalle regioni: per una panoramica su tale profili, si veda E. Longo, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. cost.*, 2010, 164; per una riflessione più ampia, C. Pinelli, «Social card», o del ritorno alla carità di Stato, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, Jovene, 2009, 1177.

<sup>43</sup> Da ultimo, G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, 59 e ss.

<sup>44</sup> A. Lippi, M. Morisi, *Scienza dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2005, in part., 50; *Paper on the sciences of administration*, a cura di L. Gulick – L. Urwick, New York, Columbia University Press, 1937.

al discente, bene relazionale<sup>45</sup> prodotto di un'attività posta in essere da operatori (a cui va garantita la libertà di insegnamento<sup>46</sup>) impegnati in una attività ad elevato contenuto "vocazionale"<sup>47</sup>, ossia una attività che pone ineludibilmente un'esigenza di flessibilizzazione e diversificazione. Quest'ultimo dato è stato notevolmente valorizzato dalle più recenti riforme che (v. *supra*), nell'attribuire ampia autonomia alle strutture scolastiche di base, hanno molto insistito sull'individualizzazione della didattica (si pensi alla previsione del piano educativo individualizzato per ciascuno studente<sup>48</sup>) e sulla differenziazione dei percorsi e tra le varie scuole (D.P.R. 275/1999 cit.)<sup>49</sup>. Entro questo sistema standardizzato che – quasi con un ossimoro – ricerca con difficoltà il massimo di personalizzazione, si inserisce dunque la domanda di ancor più forte individualizzazione degli interventi che costituisce l'unica possibile risposta ai bisogni educativi speciali di taluni studenti. Inoltre, si pone la necessità di evitare che le attività di sostegno si sviluppino in parallelo rispetto alle ordinarie attività di classe: è invece assolutamente necessario promuovere una maggior integrazione entro le classi degli alunni con BES. Del pari si riscontra l'esigenza che l'articolata struttura specialistica cresciuta nel tempo (con commissioni a livello regionale, provinciale e di singolo istituto) non operi a margine ma entro l'organizzazione scolastica.

Accanto ad un problema di individualizzazione si prefigura dunque anche una forte esigenza di integrazione: istanze che il sistema scolastico fatica ancora a recepire.

Il costo del mancato investimento sull'attribuzione a questi studenti di strumenti decisivi per una loro possibile autonomia e piena realizzazione viene comunque a pesare sull'intera società, sotto forma di necessità di interventi assistenziali a fronte del manifestarsi di situazioni di marginalizzazione-esclusione molto più difficili da recuperare nelle fasi successive della vita di tali persone<sup>50</sup>. A questo fallimento della strategia di intervento pro-capacitazionale e inclusivo sul singolo secondo lo schema di intervento tra-

<sup>45</sup> V. Berlingò, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 2012, 143.

<sup>46</sup> U. Pototschnig, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 721.

<sup>47</sup> Restano in proposito sempre cariche di suggestioni le pagine di M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1966, in part. 13.

<sup>48</sup> D. M. 24 luglio 1998, n. 331, art. 41, ove sono previsti anche precisi limiti dimensionali per le classi in cui sono presenti studenti con handicap e sono altresì previste misure straordinarie per l'organico e l'assegnazione alle classi – con tendenziale continuità per l'intero ciclo di studi – degli insegnanti di sostegno.

<sup>49</sup> A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., *passim*.

<sup>50</sup> P. H. Lindert, *Spesa sociale e crescita*, Milano, Università Bocconi, 2007.

mite i servizi alla persona consegue dunque l'annuncio di un consentaneo fallimento sul fronte della costruzione di una società improntata al valore della massima coesione sociale, secondo gli schemi di derivazione comunitaria<sup>51</sup>.

Detto con il linguaggio della filosofia politica, l'inadeguato investimento sull'assistenza scolastica fa sì che una intera coorte di soggetti (già oltremodo penalizzati) vengano impediti di collocarsi 'sulla linea di partenza' in posizione conforme ai rispettivi talenti. Fallisce quindi il programma teso a garantire l'uguaglianza dei punti di partenza, muovendo dai quali ciascuno dovrebbe essere posto in condizione di perseguire autonomamente il proprio percorso di vita<sup>52</sup>.

#### 4. La necessaria personalizzazione degli interventi

Più di recente, anche per effetto della crisi economica generale e della conseguente esigenza di *spending review*<sup>53</sup>, si è registrata una tendenza del sistema scolastico in direzione della (ulteriore) compressione delle linee di intervento a sostegno degli alunni disabili (e, più in generale, in condizione di bisogno) entro il perimetro di una programmazione quantitativa che, muovendo dalla centralità riconosciuta al momento dell'allocazione delle risorse economiche, fa inevitabilmente avvertire i propri effetti sul versante degli organici, della composizione dei calendari didattici, della disponibilità di materiali e sussidi differenziati, etc. Si possono citare in termini emblematici

<sup>51</sup> F.A. Concilla, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2009; E. Balboni, *Il principio della coesione economica e sociale nell'ordinamento comunitario e nella recente esperienza dell'Unione*, in *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. De Siervo, Bologna, Il Mulino, 2001; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995; M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, 367.

<sup>52</sup> R. J. Arneson, *Eguaglianza ed eguali opportunità di benessere*, cit. Sui diversi significati di questo concetto vedano anche F.E. Oppenheim, *Uguaglianza*, in *Il dizionario di politica*, cit., 1005. Si vedano anche gli importanti contributi di R. Dworkin (*Uguaglianza di risorse*) e di A. Sen (*Uguaglianza, di che cosa?*) inseriti nella raccolta *L'idea di uguaglianza*, cit. Ma, già molto prima, L. Einaudi, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Einaudi, 1949, p.te III, *Concetto e limiti della uguaglianza nei punti di partenza*, 169 e ss.

<sup>53</sup> R. A. Cervellione, *La tutela dei diritti dei disabili durante i momenti di crisi economica*, in *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicata all'inclusione a vent'anni dalla l. 104 del 1992*, cit., 205. Più in generale, S. Gambino, W. Nocito, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in *www.astrid-online.it*; G. Grasso, *Costituzionalismo al tempo della crisi*, Napoli, ES, 2012; M. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*.

le disposizioni secondo cui per ogni due alunni necessitanti di sostegno individualizzato dovrebbe essere resa disponibile una sola figura di insegnante dedicata, indipendentemente dal profilo soggettivo degli alunni e dalla gravità delle situazioni da fronteggiare, e, ancora, le disposizioni che hanno bloccato il reclutamento di nuovi insegnanti di sostegno, precludendo anche il ricorso a misure di adeguamento degli organici come le assunzioni in deroga. Dietro tale progetto normativo si riaffaccia la tendenza a trattare in una prospettiva di standardizzazione *ex ante* problematiche che necessitano invece della massima flessibilizzazione della cornice organizzativa orientata al soddisfacimento di bisogni riconoscibili solo nel confronto dinamico con gli alunni e con il contesto scolastico-relazionale puntuale, entro strategie di intervento sui singoli (e sulle classi) da definire peraltro – come indicato dal già citato art. 12 della l. 104/1992 cit. – in stretto raccordo con le strutture socio-assistenziali (le cui diagnosi funzionali vengono invece troppo spesso inammissibilmente pretermesse).

Le esigenze del progetto educativo individualizzato in cui si definiscono i contenuti puntuali del diritto all'educazione degli alunni con bisogni educativi speciali tornano quindi a scontrarsi con rigidità organizzative d'ogni natura. Tradita la promessa universalistica, le forme dell'erogazione del servizio riassumono un carattere inammissibilmente selettivo. I diritti sociali da garantire si riducono a diritti subordinati alla condizione di favorevoli contingenze organizzative. Alla prova dei fatti, il diritto all'assistenza scolastica (ri)diviene quindi un diritto debole. Un non-diritto.

La giurisprudenza ha cercato a più riprese di scardinare questo schema perverso che tutt'oggi finisce per depotenziare la carica di pretese qualificate derivanti in via diretta dal riconoscimento costituzionale dei diritti a cui è decisamente legato il *quantum* di libertà 'di' concretamente garantibile a questi alunni-persone (libertà 'di' esplicitare il rispettivo percorso di vita senza scontare limiti derivanti da barriere che sarebbero altrimenti superabili con un adeguato sostegno o con percorsi differenziati)<sup>54</sup>.

### **5. Sentenze “che costano”: la giurisprudenza costituzionale e “i diritti presi sul serio”**

La Corte costituzionale, come già ricordato, si è mostrata particolarmente attenta a decostruire la strategia legislativa imbastita nel tentativo di

<sup>54</sup> I. Berlin, *Due concetti di libertà*, in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989, 185.

ricercare un impossibile bilanciamento tra le esigenze di razionalizzazione (*rectius* contenimento) della spesa pubblica e la domanda proveniente dalle famiglie di studenti lasciati privi del necessario sostegno<sup>55</sup>.

Su questo fronte la Corte costituzionale, come si è già accennato, ha dovuto più volte sottoporre a verifica gli esiti (e quindi l'efficacia) dei modelli di intervento prefigurati dal legislatore<sup>56</sup>. Il tema di fondo che percorre questo filone giurisprudenziale è riassumibile nella già profilata dicotomia: esigenze di efficienza organizzativa-bisogni individuali. In questo settore, infatti, la Corte costituzionale è stata reiteratamente chiamata ad estendere le risposte fornite da apparati preposti a tradurre l'universalità dei proclami costituzionali in opzioni organizzative e funzionali sostenibili entro un quadro rigido derivante dai concreti vincoli strutturali e di bilancio<sup>57</sup>.

La sentenza capostipite è la già più volte citata C. cost. 215/1987 entro cui si è ampiamente ricordato il percorso, culturale prima che legislativo, di superamento dell'impostazione che tendeva a marginalizzare gli studenti disabili. Un percorso culminato – anche grazie alla spinta fornita da questa sentenza tesa ad affermare la doverosità degli interventi di sostegno in ogni ordine di istruzione – nella l. n. 104/1992.

Meritano un cenno anche le sentenze n. 50/1990, n. 406/1992 [ove la Corte ha parlato di «ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno» a favore degli alunni diversamente abili], n. 226/2001<sup>58</sup>, n. 251/2008 (nella quale, pur riaffermando che il legislatore dispone di uno spazio discrezionale nel definire le modalità organizzative del servizio di sostegno, la Corte ha posto l'accento sulla sussistenza di un nucleo incompressibile del diritto allo studio della persona disabile, suscettibile di prevalere sulle esigenze di razionalizzazione dell'organizzazione scolastica) e n. 52/2008 (in cui si è riaffermata la specificità della figura dell'insegnante di sostegno con necessità di valorizzazione del particolare percorso curricolare preordinato all'acquisizione di tale qualifica). La riaffermata universalità dei diritti fondamentali-sociali ha inoltre portato, in questo come in altri settori, alla estensione della pretesa anche a vantaggio degli studenti stranieri<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> R. Bin, *Diritto e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

<sup>56</sup> A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza materiale*, cit., *passim*.

<sup>57</sup> S. Holmes, C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2000.

<sup>58</sup> Nella sentenza 6 luglio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 3041, è stato, in particolare, riaffermato il diritto degli alunni disabili a frequentare le classi normali.

<sup>59</sup> Inserendosi in un noto filone della propria produzione giurisprudenziale in tema di diritti fondamentali, la Consulta ha avuto modo di precisare che il godimento del già citato



Questo sviluppo lineare, che ha visto la Corte aprire le piste seguite poi dalla legislazione, non si è interrotto per effetto della più recente crisi. Nella sentenza 26 febbraio 2010, n. 80, si può tuttavia identificare un tornante che apre una nuova stagione. In tale pronuncia i giudici della Consulta hanno dedotto degli importanti corollari dalla ricordata riflessione pluridecennale e, su queste basi, sono approdati alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 413, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008). Tale norma fissava un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno (secondo un rapporto 2 alunni/1 insegnante)<sup>60</sup>

assegno di frequenza compete anche ai cittadini stranieri presenti sul territorio ancorché privi della carta di soggiorno (titolo che viene rilasciato solo dopo cinque anni di presenza sul territorio): Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 329, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4536. Su questo tema, *ex multis*, M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 203 e, più di recente, F. Ippolito, *Cittadinanza e cittadinanza. Tra inclusione ed esclusione*, in *Diritti di welfare*, a cura di M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, Bologna, Il Mulino, 2010, in part., 84 e L. Principato, *Il diritto – talvolta – degli stranieri extracomunitari all'assistenza sociale*, in *Giur. cost.*, 2013, 718; nella stagione precedente, P. Costa, *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*, Milano, Giuffrè, 2001; E. Menichetti, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 849 e G. U. Rescigno, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 751.

<sup>60</sup> Il legislatore ha cercato di fissare dei rigidi parametri proporzionali già con l'art. 319 del d.lgs. n. 297/1994 (che prevedeva un posto di sostegno per ogni quattro alunni portatori di handicap); tale strategia è proseguita con l'art. 40 della l. n. 449/1997 (che prevedeva un insegnante di sostegno per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti scolastici statali della provincia) e con l'art. 1, c. 605, della l. n. 296/2006 (che rimandava ad uno o più decreti ministeriali correttivi l'adozione di interventi di sostituzione del criterio di cui al citato art. 40 con l'individuazione di organici corrispondenti alle "effettive esigenze rilevate"). Da ultimo, con l'art. 2, c. 413, della l. n. 244/2007 è stato previsto che i posti in organico per insegnanti di sostegno non superassero il 25% del numero delle sezioni e delle classi in organico nell'anno scolastico 2006/2007, onde non superare un rapporto medio nazionale di un insegnante ogni due alunni diversamente abili. In presenza di studenti con handicap con connotazione di gravità, l'art. 40 della l. n. 449/1997 prevedeva originariamente, al c. 1, la possibilità di assunzione insegnanti di sostegno tramite contratto a tempo determinato in deroga al rapporto docenti-alunni indicato al c. 3. Con l'intento di evitare la strutturazione di ulteriore precariato, l'art. 2, c. 414, della l. n. 244/2007 aveva abrogato la facoltà di assunzione di docenti di sostegno 'in deroga' al rapporto docenti alunni fissato dalla normativa. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 80 del 26 febbraio 2010, ha tuttavia dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 413 e 414, della l. n. 244/2007 nella parte in cui fissava un limite massimo al numero di posti degli insegnanti di sostegno ed escludeva la possibilità di assumere insegnanti di sostegno in deroga in presenza di studenti con disabilità grave, ritenendo tali disposizioni in contrasto col nucleo indefettibile di garanzie poste a tutela ed a protezione dei diritti dei disabili, ai sensi dell'art. 38 Cost. e dell'ordinamento internazionale. In seguito alla predetta pronuncia di incostituzionalità, il legislatore è intervenuto nuovamente, prima con l'art. 9, c. 15, del d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010, con

e con essa è stato dichiarato incostituzionale anche l'art. 2, c. 414, l. n. 244 del 2007, nella parte in cui escludeva la possibilità, già contemplata dalla l. 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, pur in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave. I giudici delle leggi in proposito hanno affermato che «le disposizioni impugnate si appalesano irragionevoli e sono, pertanto, illegittime nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile relativamente al numero delle ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico».

Questa sentenza riveste una straordinaria importanza per diversi ordini di ragioni<sup>61</sup> e – come accennato – ha inaugurato una nuova fase nella produzione giurisprudenziale. Una fase nella quale i giudici sono stati chiamati a scardinare l'idea – per la prima volta codificata in termini espliciti nell'ambito dei provvedimenti anticrisi susseguitisi dopo il 2008 – della riducibilità delle prestazioni sociali per esigenze di contenimento della spesa.

In primo luogo, va sottolineato che la Corte costituzionale ha operato un pregevole lavoro di ricostruzione del tessuto normativo da cui trae fondamento il diritto allo studio degli alunni disabili. Tale diritto ha precisi fondamenti, secondo l'autorevole ricostruzione della Corte, nell'ordinamento interno ma a questi si è aggiunto, da ultimo, un vincolo non meno strin-

cui è stata reintrodotta la possibilità di autorizzare posti di sostegno in deroga al contingente previsto per l'anno scolastico 2010/2011, esclusivamente in presenza di handicap gravi. È poi intervenuto l'art. 19, c. 11, del d.l. n. 98/2011, conv. in l. n. 111/2011, mediante il quale è stato previsto che l'organico dei posti di sostegno è determinato secondo quanto previsto dall'art. 2, c. 413 e 414, della l. n. 244/2007 (ossia con rapporto 2/1), ferma restando la possibilità di posti in deroga, allorché ciò si renda strettamente necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica. Inoltre, ai sensi di tale ultima disposizione, «l'organico di sostegno è assegnato complessivamente alla scuola o a reti di scuole allo scopo costituite, tenendo conto della previsione del numero di tali alunni in ragione della media di un docente ogni due alunni disabili; la scuola provvede ad assicurare la necessaria azione didattica e di integrazione per i singoli alunni disabili, usufruendo tanto dei docenti di sostegno che dei docenti di classe... a tale fine, nell'ambito delle risorse assegnate per la formazione del personale docente, viene data priorità agli interventi di formazione di tutto il personale docente sulle modalità di integrazione degli alunni disabili».

<sup>61</sup> A. Pirozzoli, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile*, in [www.associazionedei costituzionalisti.it](http://www.associazionedei costituzionalisti.it); M. Lottini, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 2403.

gente di derivazione sovranazionale<sup>62</sup>. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, offre infatti un ulteriore e ancor più solido fondamento al diritto all'istruzione degli alunni disabili, stabilendo che «Gli stati parti adottano ogni misura necessaria a garantire il pieno godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte dei minori con disabilità, su base di eguaglianza con gli altri minori. In tutte le azioni concernenti i minori con disabilità, il superiore interesse del minore costituisce la considerazione preminente» (art. 7, c. 1 e 2, Convenzione). Questo richiamo, entro lo schema argomentativo seguito dalla Corte, assume la valenza di un elemento atto ad assicurare una condizione di intangibilità rafforzata alla posizione soggettiva dei disabili e consente una rilettura assiologicamente orientata del quadro normativo interno di derivazione costituzionale che ha trovato un punto di consolidamento nella citata l. n. 104/1992. Le disposizioni della Convenzione prefigurano – ricorda la Corte – il riconoscimento a vantaggio dell'alunno diversamente abile di un diritto, assoluto ed inviolabile, all'adeguato inserimento scolastico<sup>63</sup>: questa posizione soggettiva può essere ricondotta – come accennato – nel novero di quelle che vanno sotto l'etichetta dei diritti fondamentali; diritti che, nel rispettivo nucleo essenziale, non ammettono – anche ad avviso del Giudice delle leggi – bilanciamenti o limitazioni di sorta, neppure per effetto dell'esercizio di poteri (in questo caso organizzativi e finanziari) da parte della pubblica amministrazione<sup>64</sup>.

In secondo luogo, la sentenza n. 80/2010 è importante perché rimarca l'irriducibilità dell'attività svolta dal docente di sostegno (e dal personale assistenziale assegnato – sempre su un piano di stretta doverosità – dagli enti locali<sup>65</sup>) entro schemi quantitativi rigidamente definibili. La tecnica argo-

<sup>62</sup> Per degli importanti riferimenti al diritto comunitario ed internazionale, si veda A. Enrichens, C. Manassero, *Discriminazione per disabilità vs. diritto umano allo studio*, in *Giur. merito*, 2011, 1530. Sulla tecnica di protezione dei diritti fondamentali (compresi quelli di natura sociale) in un ordinamento multilivello, si veda A. Cardone, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Ann.*, IV, Milano, Giuffrè, 2011, 335.

<sup>63</sup> C. Ciano, *Il contenuto essenziale del diritto all'istruzione dell'alunno disabile: cancellate le limitazioni per gli insegnanti di sostegno*, in *www.lexitalia.it*.

<sup>64</sup> A Pavan, *La 'delicata' questione della continuità educativo-didattica*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> Secondo il criterio di riparto fissato dall'art. 139, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, competono alla provincia la strutturazione dei «servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio» per la scuola secondaria superiore ed ai comuni per gli altri gradi inferiori: C. Marzuoli, *Commento all'art. 139*, in *Lo Stato autonomista*, a cura di G. Falcon, Bologna, Il Mulino, 1998, 467. In giurisprudenza si è affermato che: «La Provincia è l'ente locale competente ad assicurare i servizi di supporto

mentativa della Corte sul punto è davvero stringente e molto avanzata: la premessa maggiore del sillogismo è perentoria e convincente: «i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità: alcune hanno carattere lieve ed altre gravi. Per ognuna di esse è necessario, pertanto, individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona. Ciascun disabile è coinvolto in un processo di riabilitazione finalizzato ad un suo completo inserimento nella società; processo all'interno del quale l'istruzione e l'integrazione scolastica rivestono un ruolo di primo piano». Da questa affermazione descrittiva la Corte fa discendere una proposizione precettiva volta ad evitare, per così dire, il riemergere di una 'standardizzazione della differenza', dietro la quale si cela il tentativo, neppure troppo recondito, di tornare ad una distribuzione degli insegnanti di sostegno secondo criteri meramente numerici (secondo un indice due alunni/un insegnante); una assegnazione in cui si vorrebbe prescindere da una puntuale considerazione delle effettive necessità di ciascun alunno, da considerare, viceversa, portatore di un bisogno particolare e di una soggettività differenziata e dinamica. In tale affermazione della Corte si ritrova una assonanza, ancora una volta, con il pensiero di Martha C. Nussbaum, laddove, descrivendo alcune "storie-campione", la filosofa americana ha avuto modo di mettere in luce che: «i bisogni educativi di J. E. e quelli di A. sono enormemente diversi: ogni società che li consideri come membri indistinguibili di una "classe differenziale" sarebbe gravemente ingiusta nei confronti di tutti e due»<sup>66</sup>.

Dalla sottolineatura della matrice necessariamente individualizzante dei programmi e delle linee di intervento viene fatta discendere l'illegittimità di una previsione che, nei fatti, attraverso il divieto di procedere in via suppletiva ad assunzioni in deroga ai parametri predeterminati, aveva l'effetto di contingentare (*ex ante*) l'organico del personale assegnato alle attività di sostegno, sganciandone la provvista dalla ricognizione (*ex post*) caso per caso dei bisogni da fronteggiare.

organizzativo agli alunni con handicap o in situazione di svantaggio; infatti, la misura (assistente personale) in questione non rientra nell'ambito generale degli interventi e dei servizi sociali alla persona affidati al Comune, costituendo piuttosto attuazione concreta della speciale materia dell'istruzione scolastica oggetto del trasferimento di funzioni dallo Stato agli enti locali di cui al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 ("Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59")» Cons. St., sez. V, 23 luglio 2013, n. 3950 (conferma Tar Lombardia, Milano, sez. III, n. 1750/2011).

<sup>66</sup> M.C. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, cit., in part., 42.

La fundamentalità del diritto non può quindi subire compressioni per effetto del bilanciamento con altre istanze di matrice economica. In quanto detto si può quindi cogliere tutta la portata di una sentenza che esprime il senso di una rigerarchizzazione delle politiche e priorità pubbliche: sono le politiche di contenimento della spesa pubblica ad incontrare un limite insuperabile nella necessità di assicurare – in ultima istanza – la possibilità per le strutture scolastiche di disporre di strumenti efficaci (anche in ragione del rispettivo carattere di necessaria flessibilità) per continuare ad assicurare il servizio di sostegno in forme realmente idonee alla decisiva funzione che tale attività deve assolvere. Un limite che segna anche una decisiva riaffermazione del carattere adattativo al bisogno di questo particolare segmento del sistema scolastico, per definizione non riducibile entro il modello di organizzazione che tende invece in direzione di una sempre maggiore standardizzazione.

Questa sentenza ha introdotto una regola di chiusura del sistema, indicando che la legislazione non può spingersi sino al punto di trasformare in posizioni sottoposte a non dichiarate forme di selettività diritti sociali che la Costituzione ha invece voluto tratteggiare come a soddisfazione garantita<sup>67</sup>. Sono dunque le modalità di strutturazione del sistema scolastico (a partire dalle assegnazione di bilancio) a doversi adeguare al quadro dei bisogni e non viceversa. Da ciò discende l'inammissibilità di un rozzo criterio di razionamento, solo apparentemente egualitario (a tutti in misura eguale, secondo una qualunque formula: tot alunni/tot insegnati, improntata ad un canone di uguaglianza meramente numerica): la corretta tecnica di attuazione del dettato costituzionale postula in termini radicali il rifiuto di ogni schematizzazione e impone invece l'attribuzione a ciascun alunno di quanto di volta in volta necessario, secondo un canone distributivo che prende in considerazione unicamente il bisogno di interventi assistenziali (a ciascuno secondo il rispettivo bisogno: uguaglianza proporzionata ad un canone). Naturalmente, l'affermazione dell'universalità del diritto all'intervento di sostegno – ossia della spettanza garantita delle prestazioni a tutti soggetti che si trovano nella classe dei destinatari della misura – non cancella l'esigenza che il *quantum* dell'intervento sia definito in corrispondenza alla gravità della situazione del singolo alunno, secondo un tipico argomento di

<sup>67</sup>V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, Cedam, 2002, 121; A. Gualdani, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, Giuffrè, 2007; L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

giustizia distributiva<sup>68</sup> che richiama il fondamentale principio testé richiamato di adeguatezza al bisogni<sup>69</sup>.

## **6. Le risposte di rafforzamento espresse dalla giurisprudenza amministrativa: soluzioni e tecniche processuali tra tutela cautelare e risarcitoria**

Se il giudice delle leggi si è fatto carico di rimarcare il carattere di doverosità dell'intervento pubblico a sostegno degli alunni portatori di bisogni educativi speciali e di irriducibilità del nucleo essenziale del correlativo diritto, la giurisprudenza amministrativa si è da par suo fatta carico del non meno rilevante compito di definire in concreto la latitudine contenutistica del diritto spettante ai singoli<sup>70</sup>, "presidiandone" il rispetto. Gli interventi si

<sup>68</sup> Mi permetto di rinviare nuovamente a E. Boscolo, M. Cafagno, *Lo Stato 'dispensatore' (la Corte costituzionale ed i servizi pubblici: cinquant'anni di giurisprudenza)*, cit., *passim*; su questi temi si vedano, inoltre, H. Caroli Casavola, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004; G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Scritti in onore di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, II, 177; S. Cassese, *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156; A. Massera, *Eguaglianza, giustizia e Welfare State*, cit.

<sup>69</sup> Sempre in ossequio a questo canone è stata respinta la richiesta di declaratoria di incostituzionalità di una norma che in relazione ai test di ingresso nei corsi universitari si limitava a prevedere la presenza di un tutor ed una estensione dei tempi di svolgimento delle prove senza prevedere invece una riserva di posti. La riserva avrebbe infatti determinato la prefigurazione di un vantaggio indebito a favore degli aspiranti disabili, ai quale devono essere garantite unicamente condizioni di pari trattamento rispetto agli aspiranti normodotati (Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 431). Quest'ultima sentenza, decisiva sul fronte della ricostruzione dei criteri di risoluzione dei conflitti che paiono ciclicamente porsi tra i diversi canoni distributivi delle utilità allocate dalla pubblica amministrazione (il criterio del bisogno, il criterio del merito, etc.) può essere posta in correlazione con la non meno importante sentenza C. cost. 2006, n. 190, in cui si è precisato che il principio derivabile dall'art. 38, secondo comma, Cost. sul diritto delle persone invalide "all'avviamento al lavoro" impone unicamente alle amministrazioni la strutturazione di un sistema di collocamento mirato, mentre non deve affatto garantire alle persone disabili assunte nei ranghi dell'amministrazione pubblica riserve ulteriori in sede di successive progressioni di carriera (ove il criterio del bisogno deve lasciare spazio alla riespansione del criterio del merito).

<sup>70</sup> Sulla giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere delle controversie aventi ad oggetto la materia dell'assistenza scolastica agli alunni disabili, si veda Cass., ss.uu., 19 gennaio 2007, 1144; nel senso della piena adeguatezza della giurisdizione amministrativa ad offrire una tutela connotata dalla necessaria effettività anche nel caso di posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, si veda A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., Torino, Giappichelli, 2013, 61 e Id., *Diritti costituzionalmente protetti e riparto di giurisdizione*, in *Studi in*

sono appuntati non solo sull'oggetto, sull'estensione e sui contenuti del diritto, ma si sono concentrati anche sulla tempestività e sulla qualità delle prestazioni, ossia su profili che hanno un rilievo egualmente determinante nel garantire pienezza ed effettività alla pretesa costituzionalmente protetta nel panorama fatto di istituzioni scolastiche alle prese con drammatici problemi di reperimento delle risorse umane e materiali.

La giurisprudenza amministrativa, in un numero di controversie che ad ogni anno scolastico raggiunge numeri alquanto significativi, ha dovuto farsi innanzitutto carico di riaffermare l'imprescindibilità di un modello di intervento conforme al dettato costituzionale che deve necessariamente prendere le mosse dalla stesura di un programma individualizzato nel confronto paritario fra le strutture socio-assistenziali e la scuola (nell'ambito di procedimenti aperti – anche sul piano formale – all'apporto e alla partecipazione delle famiglie ed, eventualmente, anche delle associazioni per la tutela dei diritti dei soggetti disabili). Questo documento-programma, alla cui base si colloca la diagnosi funzionale volta ad evidenziare partitamente e in positivo i bisogni dell'alunno nella prospettiva di un miglioramento dei processi relazionali e di apprendimento, non è suscettibile di surrettizi svuotamenti derivanti – per fare l'esempio più frequente – dall'assegnazione alla classe dell'alunno disabile di un numero di ore di sostegno inferiore a quelle ritenute (sulla base di un giudizio tecnico-scientifico tendenzialmente non opinabile, almeno da parte degli organi scolastici) essenziali (e dunque non riducibili) per l'impostazione di un adeguato e credibile programma di intervento (sempre rivolto alla classe e mai, isolatamente, al solo alunno bisognoso)<sup>71</sup>.

*onore di Alberto Romano*, III, Napoli, ES, 2011, 1672. Sul punto si vedano anche le considerazione di F. Merusi, *Appunti per una casistica dell'interesse legittimo come istituto di teoria generale. I cd. diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, cit., I, in part., 579.

<sup>71</sup> Sulla non disapplicabilità della diagnosi funzionale (in quanto atto tecnico-scientifico) da parte degli organi scolastici: «Nell'ordinamento vigente il diritto del disabile all'istruzione si configura come diritto fondamentale, la cui effettività è assicurata mediante misure idonee a garantire ai portatori di handicap la frequenza degli istituti di ogni ordine e grado; di conseguenza, quando gli organi sanitari e tecnico-consultivi competenti hanno sollecitato un determinato tipo di sostegno, sia qualitativo che quantitativo, per un determinato soggetto, l'Amministrazione scolastica non può, senza una adeguata motivazione relativa alle condizioni specifiche del minore, ridurre in modo ingiustificato e consistente l'entità delle ore di sostegno ritenute necessarie dai suddetti organi, cui è affidata la verifica medico-sanitaria e psico-pedagogica delle condizioni del minore e delle necessità concrete di ausilio per il suo recupero» (Tar Molise, Campobasso, sez. I, 2 aprile 2014, n. 232); «Una volta che gli organi tecnici competenti abbiano sollecitato un determinato tipo di sostegno, sia qualitativo che quantitativo, per un minore disabile l'Amministrazione scolastica non può, senza un'adeguata motivazione relativa alle condizioni specifiche del minore, ridurre in modo ingiustifi-

L'assegnazione di un numero di ore-docente insufficienti costituisce la più frequente (purtroppo pressoché sistematica) forma di elusione della fondamentale del diritto riconosciuto al singolo: quasi che, accanto al piano costituzionale, in cui i diritti sono energicamente (e rassicurantemente) riaffermati in astratto, possa permanere un orizzonte effettuale in cui i diritti tornano invece ad essere ricondotti entro una matrice limitante, governata da un diverso principio di adattabilità ai mezzi di volta in volta ricavabili negli interstizi degli atti programmatori dell'offerta del singolo istituto, nelle graduatorie di assegnazione degli insegnanti e, in ultima analisi, nella disponibilità finanziaria del sistema complessivo. Contro questa diffusa prassi il giudice amministrativo ha ribadito con forza il principio secondo cui: «È illegittimo il provvedimento con il quale un istituto scolastico (nella specie si trattava di un Istituto tecnico commerciale) ha assegnato ad un alunno portatore di handicap, nonostante che l'handicap dello stesso sia qualificato grave ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. n. 104 del 1992, un numero di ore di sostegno (nella specie n. 10 ore) inferiore a quanto "ex lege" spettante; infatti, in applicazione anche di quanto affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza 26 febbraio 2010, n. 80, in tal caso va riconosciuta "in toto" la esistenza del diritto dell'alunno disabile alle ore di sostegno in misura pari a quella spettante per legge» (Tar Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 15 giugno 2013, n. 6011; in senso conforme anche Tar Lazio, Roma, sez. III, 11 gennaio 2013, n. 224).

La giurisprudenza amministrativa, lontana da ogni manicheismo, ha comunque del pari opportunamente ricordato che il principio del rapporto 1/1 è insuscettibile di assolutizzazioni e può trovare applicazione solo sulla base di una verifica del bisogno da effettuare caso per caso (senza che il principio risulti perciò solo in alcun modo indebolito nella propria precettività<sup>72</sup>): «Alla luce di quanto affermato di recente dalla Corte costituzionale, deve ritenersi che: a) il diritto all'istruzione del disabile, e in particolare del disabile grave, va qualificato quale diritto fondamentale; b) in questo ambito

cato l'entità delle ore di sostegno ritenute necessarie dai suddetti organi cui è affidata la verifica socio — sanitaria delle condizioni del minore e delle necessità concrete di ausilio per il suo recupero» (Tar Molise, Campobasso, sez. I, 15 gennaio 2014, n. 34).

<sup>72</sup> Sul punto è stata non inopportuna richiamata anche la disciplina antidiscriminatoria dettata dalla l. 1 marzo 2006, n. 67: «In tema di diritto all'istruzione di un minore affetto da grave disabilità, la riduzione del numero di ore di "sostegno" da parte delle amministrazioni scolastiche concreta un'illecita discriminazione dei minori rappresentati, i quali vedono leso il loro fondamentale diritto allo studio costituzionalmente garantito, in violazione della disciplina antidiscriminatoria» (Tribunale Milano, sez. I, 4 gennaio 2011, in *Giur. merito*, 2011, 1528).



va individuato un “nucleo indefettibile” di garanzie perché tale diritto sia realizzato, pur stante la discrezionalità del legislatore nella individuazione delle relative misure; c) obbiettivo primario è quello della massima tutela possibile del diritto del disabile grave all’istruzione ed all’integrazione nella classe e nel gruppo, fino alla previsione di un’ora di sostegno per ogni ora di frequenza; d) non è di per sé illegittimo un intervento minore, purché non sia scalfito il nucleo indefettibile del diritto, se motivato dall’analisi accurata della situazione specifica nel quadro di ragioni e vincoli oggettivi, con la possibilità di ricorrere per l’uno o l’altro intervento, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente, anche all’assunzione di insegnanti in deroga. Il diritto all’assegnazione di un insegnante di sostegno “in deroga” non comporta automaticamente il diritto del disabile ad ottenere un insegnante di sostegno per l’intero monte ore di frequenza settimanale. Una siffatta conclusione è da escludersi alla luce della normativa vigente che è chiara nello stabilire che l’insegnante di sostegno, una volta assegnato, assume la contitolarità delle sezioni e delle classi in cui opera, e partecipa alla programmazione educativa e didattica al pari degli altri docenti, sicché è da escludersi che la designazione dell’insegnante di sostegno sia destinata in via esclusiva ad una specifica docenza di un alunno individuato. L’assegnazione dell’insegnante di sostegno “in deroga” deve essere volta a volta commisurata alle specifiche difficoltà riscontrate nell’area dell’apprendimento, e tali difficoltà possono variare da soggetto a soggetto in relazione al tipo di handicap, al suo livello di gravità, alle connotazioni ed alla possibile evoluzione della malattia, anche in relazione ad eventuali effetti migliorativi riscontrabili nel corso del tempo per il decorso della malattia oppure anche grazie agli interventi attuati» (Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231)<sup>73</sup>.

Fra le pronunce del giudice amministrativo vanno segnalate anche alcune recenti prese di posizione in tema di continuità dell’intervento assistenziale, dalle quali si deduce l’ulteriore principio-cardine secondo cui le forme di intervento andrebbero tenute ferme per tutta la durata di un intero ciclo scolastico (o almeno sino alla redazione di un aggiornamento al programma educativo individualizzato): «È legittima la sentenza con la quale un Tar, ritenendo sussistente il diritto di uno studente disabile frequentante un istituto superiore statale, affetto da una grave malattia, di ottenere una assistenza continua, di sostegno per la didattica di livello alto e di assistenza educativa per le relazioni sociali in ambito scolastico, ha condannato il Mi-

<sup>73</sup> In *Giur. cost.*, 2010, 1831, con nota di F. Madeo, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave.*

nistero dell'Istruzione, dell'Università e Ricerca Scientifica ad assegnare al suddetto studente, nell'anno scolastico, un insegnante di sostegno per 18 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all'approvazione del nuovo piano educativo individualizzato ed ha condannato altresì la Provincia ad assegnare al predetto disabile un assistente alla persona per 10 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all'approvazione del nuovo piano educativo individualizzato» (Cons. St., sez. V, 23 luglio 2013, n. 3950).

Nel rafforzamento dei propri orientamenti, il giudice amministrativo ha dato prova di saper far ricorso a tutti gli strumenti prefigurati dal Codice del processo amministrativo nella prospettiva di massima garanzia dei diritti degli alunni con BES. In particolare, va dato conto del sempre più frequente impiego della condanna risarcitoria in funzione di rafforzamento del vincolo prestazionale. Un esempio eloquente in tal senso è rappresentato dalla presa di posizione dei giudici sardi che hanno condannato l'amministrazione scolastica per aver procrastinato ad un momento successivo rispetto all'avvio dell'anno scolastico l'assegnazione dell'insegnante di sostegno (altra disfunzione molto frequente): «Il rango di diritto fondamentale della tutela del minore disabile non consente di ammettere cause giustificative di ritardi o di necessari tempi burocratici nella mancata concreta e piena assegnazione delle ore di sostegno al minore disabile fin dal primo giorno di inizio dell'anno scolastico. Inoltre, tutto quanto precede, non consente di riconoscere attenuanti alla colpa dell'Amministrazione scolastica nell'inadempimento dell'obbligo di cui trattasi. Va, pertanto, accolta la domanda risarcitoria, individuabile – come ripetutamente affermato da questo Tar – nel danno (danno c.d. esistenziale) che gli effetti della diminuzione, seppure temporanea, delle ore di sostegno provoca nella personalità del minore, privato del supporto necessario a garantire la piena soddisfazione dei bisogni di sviluppo, istruzione e partecipazione a fasi di vita tutelata dall'ordinamento. Il danno va quantificato, in via equitativa, in misura pari a € 1.000,00 (mille/00), per ogni mese (con riduzione proporzionale per le frazioni di mese) di mancato sostegno nel rapporto 1/1 da parte dell'Amministrazione scolastica, a partire dal primo giorno di scuola»<sup>74</sup>. Il diritto all'assistenza scolastica viene quindi considerato una pretesa rigida non solo rispetto alla garanzia della prestazione ma anche sotto il profilo della tempestività-appropriatezza della stessa, da assicurare secondo le forme (per tipologia di pre-

<sup>74</sup> Tar Sardegna, sez. I, 14 febbraio 2013, n. 134; si veda anche Tar Abruzzo, L'Aquila, 19 marzo 2014, n. 255, ove è stata disposta la condanna risarcitoria dell'Ufficio Scolastico Regionale per avere disposto l'assegnazione di un numero di ore di assistenza insufficienti.

stazioni, per ore assegnate, per sussidi impiegati, etc.) ritenute di volta in volta necessarie. Da ciò la declaratoria della lesione del diritto al ricorrere di scostamenti (in questo caso di ordine temporale, ma in altri casi legati alla indisponibilità di spazi, sussidi, etc.) rispetto allo schema analiticamente delineato dai piani individualizzati. Nella sentenza si percepisce, da un lato, l'indisponibilità a considerare alla stregua di una esimente le oggettive difficoltà che i dirigenti scolastici incontrano ogni anno tra graduatorie, carenze di mezzi, etc. e, dall'altro, l'utilizzo della responsabilità e della leva rappresentata dalla condanna risarcitoria in chiave deterrente, al fine di inviare un messaggio all'amministrazione affinché vengano attuate in futuro tutte le misure necessarie ed evitare ulteriori compressioni dei diritti protetti.

Sempre sulla stessa linea si pongono le non meno rilevanti decisioni del Tar Lombardia che, facendo un uso particolarmente incisivo dei poteri cautelari attribuiti al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 55 del Codice del processo amministrativo, ha ordinato *de plano* ad una provincia di disporre il servizio di assistenza scolastica senza cesure temporali rispetto all'inizio dell'anno scolastico<sup>75</sup>.

<sup>75</sup> Va considerato che il trasporto scolastico (prestazione che insieme alla fornitura dei libri costituisce uno dei costi pregnantemente definiti da U. Pototschnig “*di utilizzazione del servizio*” di istruzione, da tenere distinti rispetto ai costi “*del servizio*” pur nella prospettiva di rivendicare la gratuità per entrambi i blocchi di voci: U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, cit., in part., 162) è gestito dalle province e dai comuni “*nell'ambito delle proprie ordinarie risorse di bilancio*”, come ancora oggi (anacronisticamente) previsto dall'art. 26 della l. 104/1992 cit.; tale previsione normativa, in chiaro sospetto di incostituzionalità, è stata recentemente (Tar Piemonte, sez. II, 29 agosto 2014, n. 1456, in [www.dirittodeiserviziipubblici.it](http://www.dirittodeiserviziipubblici.it)) adottata per negare la natura di diritto soggettivo della pretesa utenziale e – nel quadro della prospettiva di un inedito modello di Stato sociale definito “*parsimonioso*” – per riconoscere la possibilità di modulazione della risposta prestazionale mediante un regolamento comunale.

Tar Lombardia, sez. III, 4 ottobre 2012, n. 1395/2012 (ordinanza): «Considerato, quanto alla sussistenza del *fumus boni iuris*: che il “diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale...”; che, pertanto, le modalità della concreta erogazione del diritto all'assistenza non costituiscono un elemento esterno al diritto tutelato, ma definiscono il *proprium* della posizione soggettiva, essendo essenziali ai fini dell'istruzione; nel caso concreto il minore è affetto da handicap grave, come accertato ai sensi dell'art. 3 l.n. 104/92; dalla diagnosi funzionale emerge che egli necessita di sostegno per la didattica di livello alto e, in particolare, di assistenza educativa per la comunicazione e le relazioni sociali in ambito scolastico (cfr. doc.ti di parte ricorrente); che, in mancanza dell'esatta quantificazione su base clinica delle ore di assistenza alla persona di cui l'interessato necessita, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, è coerente disporre che l'assegnazione di un assistente alla persona per l'intero orario, fruita dal minore nei precedenti anni scolastici, perduri anche nel corrente anno scolastico sino alla formulazione del nuovo piano educativo individualizzato, destinato a rideterminare con attualità i bisogni del disabile; che in base all'art. 139, lett. c), d.lgs. n. 112/1998 e all'art. 6, l.r. Lombardia n. 19/2007 gravano sulla Provincia,

Si compie in tal modo la parabola che, dalla condizione di minorità giuridica tipica dei diritti finanziariamente condizionati, giunge all'approdo rappresentato dall'attribuzione agli studenti portatori di bisogni educativi speciali di un diritto fondamentale pienamente effettivo in quanto altrettanto pienamente giustiziabile. Un diritto che non sconta alcuna minorità al cospetto dell'amministrazione e consente di ottenere la condanna all'erogazione della prestazione ed anche il risarcimento del danno accusato in caso di incapacità dell'amministrazione pubblica di assicurare lo standard di servizio esigibile.

## 7. Conclusione (aperta)

Il discorso sin qui svolto impone una conclusione aperta.

La scuola deve garantire a ciascun alunno portatore di bisogni educativi speciali il diritto a disporre degli ausili necessari per non veder vanificato il proprio diritto ad un *basic floor of opportunities*, ossia il diritto a sviluppare tutte le proprie attitudini<sup>76</sup> e ad essere collocato dalla scuola sulla linea di partenza nel proprio posto e non in quello difettivo a cui sarebbe altrimenti condannato. Un diritto che non può essere compresso neppure per esigenze di contenimento della spesa pubblica. Il percorso verso una garanzia universale di tale diritto mediante interventi connotati dalla necessaria appropriatezza è stato lungo innanzitutto sul piano culturale: ancorché la Costituzione menzionasse espressamente il diritto all'educazione delle persone inabili, si può parlare di un 'nuovo diritto', che prende consistenza solo a partire dagli anni Settanta. È tuttavia emersa una perdurante incapacità dell'amministrazione scolastica di garantire tale diritto, a cui corrispondono

in materia di istruzione secondaria superiore, "i servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio"» (Cons. St., sez. V, 20 maggio 2008, n. 2361); Considerato, quanto al *periculum in mora*, che la mancata erogazione dei servizi in questione pregiudica con attualità e concretezza il diritto all'istruzione del minore P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) accoglie la suindicata domanda incidentale di sospensione e per l'effetto: ordina alla Provincia di Monza e Brianza di assegnare allo studente un assistente alla persona per 25 ore settimanali, in rapporto di uno ad uno, con decorrenza dall'inizio dell'anno scolastico 2012/2013 e a mantenere tale misura sino all'approvazione del nuovo piano educativo individualizzato, ai cui contenuti dovrà successivamente conformare la misura medesima».

<sup>76</sup> M.C. Nussbaum, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2006 (ed. it., *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, Il Mulino, 2007).

<sup>77</sup> In controtendenza il recente decreto 706/2013 del Ministro dell'Istruzione, del-

## istruzione e inclusione

prestazioni assicurate nei limiti della disponibilità delle correlative risorse economiche e organizzative, secondo il paradigma dei diritti finanziariamente condizionati. A questa logica si oppongono i frequenti interventi giurisdizionali. Il giudice muove dalla incomprimibile meritevolezza di tutela della singola domanda individuale, assunta come insuscettibile di frustrazione e di fronte alla quale il richiamo alla doverosità costituzionale dell'intervento pubblico rende recessivo ogni richiamo a logiche finanziarie od organizzative comunque limitanti. La rigidità delle coordinate di fondo dell'organizzazione amministrativa rende tuttavia particolarmente difficile il recepimento delle indicazioni giurisprudenziali e della sollecitazione ad un diverso approccio capace della necessaria individualizzazione. La risposta offerta dalla giurisdizione, ancorché fondata sul richiamo a principi di ordine generale, resta così circoscritta al caso singolo e i richiami alla doverosità e indefettibilità di una risposta prestazionale fortemente individualizzata paiono cadere nel vuoto, con il risultato che non si attivano retroazioni positive e lo scarto tra il livello delle proclamazioni costituzionali istitutive dei diritti sociali e le dinamiche di organizzazione del servizio scolastico (fatte di assunzioni, di assegnazioni, di formazione degli insegnanti, di disponibilità di sussidi, ecc.) sembra restare incolmabile<sup>77</sup>.

Il tasso di effettività del diritto all'istruzione va quindi valutato in concreto in relazione alla capacità del sistema scolastico di adempiere il proprio vincolo di missione rispetto all'assicurazione di un diritto prestazionale che si colloca in una dimensione di strumentalità rispetto ad un più ampio diritto-fine: il diritto a divenire persona nel senso più ampio ed autentico, espresso e garantito dall'art. 2 della Costituzione, senza eccezioni e quindi anche a vantaggio degli studenti con bisogni educativi speciali o con difficoltà di apprendimento, per i quali occorre che l'amministrazione garantisca un supplemento di prestazioni di assistenza e insegnamento. Ma anche la scuola gioca in questa sfida parte del proprio futuro: allargando la prospettiva di osservazione, ci si avvede che solo non tradendo questo compito la scuola può davvero diventare un luogo inclusivo, ossia un pezzo fondamentale di società caratterizzato dalla massima coesione sociale.

l'Università e della Ricerca che – sulla scia delle citate Linee guida del 2009 – ha autorizzato l'attivazione dei corsi preordinati alla formazione di oltre seimila insegnanti di sostegno (decreto la cui attuazione sconta notevoli ritardi).

*Abstract*

*The study re-produces the evolution of the system of actions about school with profit for the pupils disabled and with special education needs. We must take a look at the definitive role of jurisprudence of the Constitutional Court that says, in front of delays, and scholastic administration inactivity, the obligatory of constitutional rules that guarantee the instruction right to disabled people. That right, otherwise, is subjected to systematic limitations and by consequence some financial and organizational limits that the school administration meets during the assignment of the support teachers, and the prevision of other measures with profit for all needy students. The study states how, in front of those incompetence, administrative judges, go to sentences with maximum effects, that contains the affirmation, in the single case, of the non-comprimibility of the right (fondamental) at the instruction and, thanks to processual instruments preview by the administrative process code, orders the sentence at the administration to distribute, without delays, the performances one-time which are necessary.*

ENRICO TRENTI

## LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ REGIONALI FRA “STATUTO SPECIALE” ED ESIGENZE DI CONTENIMENTO DELLA SPESA

SOMMARIO: 1. Le principali direttrici dell'evoluzione legislativa. – 2. La progressiva erosione della potestà legislativa delle Regioni. – 3. Le innovazioni introdotte dalla legge di stabilità 2014. – 4. Conclusioni.

### 1. Le principali direttrici dell'evoluzione legislativa

Le società partecipate dagli enti territoriali<sup>1</sup> in genere e, in particolare, le società a partecipazione regionale, nell'ultimo quinquennio, sono state interessate da una incessante produzione normativa, avente ad oggetto obiettivi diversificati e non sempre coerenti, frutto di una progressiva rimediazione del ruolo e della valenza delle società medesime, peraltro fortemente influenzata dall'attuale congiuntura economica.

Per fornire un quadro di sintesi del complesso e disorganico assetto legislativo delle società regionali che si è andato via via delineando nell'arco dell'ultimo quinquennio, può essere utile tentare di ricondurre i principali

<sup>1</sup> Relativamente al tema delle società partecipate dagli enti territoriali, si vedano, in dottrina: L. Vandelli, *Affidamenti in house, società pubbliche locali e nuove prospettive della legislazione*, in *Comuni d'Italia*, 2007, 6, 5; A. Vacca, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1225; D. De Pretis, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2006, 803; A. Piazza, *In house providing: assenza di terzietà e nuovi approcci interpretativi*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 531; J. Bercelli, *I modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 2654; M. Lamandini, *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali – La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 541; M. Cammelli, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 513; V. Domenichelli, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, *Dir. amm.*, 2002, 311; A. Niutta e A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. comm.*, 1999, I, 477; S. Colombari, *Caratteri della gestione societaria dei servizi pubblici locali (in attesa della riforma di settore)*, in *Dir. economia*, 1999, 95; R. Costi, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 798; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 123.

interventi normativi recenti in tre correnti, ciascuna delle quali finalizzata al perseguimento di una determinata linea di tendenza<sup>2</sup>, precisandosi sin d'ora che alcune disposizioni potranno essere ascritte a più di una corrente<sup>3</sup>.

Vengono in rilievo, in primo luogo, le disposizioni dettate dal legislatore al fine di evitare che l'impresa pubblica (sia regionale, che locale) possa godere di regimi privilegiati, alterando il confronto concorrenziale nel mercato.

Detta linea di tendenza ha preso avvio con l'introduzione dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006, cd. decreto "Bersani"<sup>4</sup>, recante norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza, che ha colpito le società costituite o partecipate<sup>5</sup> dagli enti regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali<sup>6</sup> all'attività di tali enti

<sup>2</sup> Invero, parlare di obiettivi sarebbe riduttivo, in quanto in ciascuna linea di tendenza si rinviengono interventi normativi che perseguono finalità composite e variegate, che, tuttavia, per esigenze di sintetività, verranno schematizzati in ragione del disegno organizzativo primariamente considerato dal legislatore.

<sup>3</sup> E ciò, in quanto alcune disposizioni si collocano "a cavallo" tra una linea di tendenza e l'altra, essendo finalizzate al perseguimento di una pluralità di obiettivi. Tuttavia, la suddivisione in correnti risulta funzionale a descrivere le intenzioni del legislatore, senza alcuna pretesa di organizzazione sistematica del quadro legislativo.

<sup>4</sup> Per un approfondimento dei contenuti della disposizione in parola, si rinvia a: G. Ferrari, L. Tarantino, *I limiti territoriali imposti alle società pubbliche strumentali di terzo grado*, in *Urb. e app.*, 2011, 10, 1231; S. Mento, *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, 412; F. Dello Sbarba, *L'art. 13 del decreto Bersani e le società di terzo grado tra servizi strumentali e servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1416; D. Florenzano, *Le società delle Amministrazioni regionali e locali – L'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, CEDAM, Padova, 2008; M. Dugato e M. Cammelli M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d. l. n. 223/2006*, in a cura di *id.*, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 347 e ss.; Caia G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>5</sup> La disposizione si applica, quindi, sia alle società *in house* che alle società miste.

<sup>6</sup> È importante evidenziare che è stata proprio la disposizione in esame ad introdurre innovativamente il concetto di servizi "strumentali" nell'ordinamento nazionale. Invero, la nozione di "strumentalità" è stata oggetto di rilevanti dubbi interpretativi che la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente risolto, restringendo via via l'ambito applicativo di tale disposizione. Infatti, un primo momento, il Giudice Amministrativo – esasperando il vincolo genetico-funzionale che necessariamente lega la società partecipata all'Amministrazione partecipante e tramutandolo sostanzialmente in un rapporto di strumentalità "necessaria" del soggetto societario rispetto alle finalità perseguite dal socio pubblico – ha ritenuto che il cit. art. 13 si applicasse a tutte le società a partecipazione pubblica, indipendentemente dall'oggetto sociale previsto dal relativo statuto, con esclusione dei soli gestori di servizi pubblici locali, che fornivano i servizi stessi direttamente all'utenza (in proposito, si veda, in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, con note di: S. Colombari, *Le società a partecipazione pubblica e loro appartenenza a modelli e regimi giuridici diversificati. Nota critica a Consiglio di*



## la disciplina delle società regionali

nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza<sup>7</sup>, imponendo a dette società il duplice vincolo dell'oggetto sociale esclusivo<sup>8</sup>, nonché dell'ambito (soggettivo) di operatività limitato ai soli enti costituenti o partecipanti o affidanti<sup>9</sup>, prevedendo, a garanzia dell'effettività di tali vincoli, la cessazione dell'efficacia dei contratti relativi alle attività non cedute o scorporate prima della scadenza del termine indicato dalla disposizione in parola<sup>10</sup>, nonché la sanzione della nullità (come tale, invocabile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile anche d'ufficio) per i contratti conclusi in violazione delle suddette prescrizioni. A ben vedere, attraverso detta disposizione, il legislatore ha ritenuto di "isolare" le società titolari di affidamenti diretti<sup>11</sup> di servizi stru-

*Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 9 e G. Guzzo, Articolo 13 del d.l. 223/06 ed extraterritorialità delle società miste nella più recente (e controversa) interpretazione della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 10). Successivamente, si è, invece, chiarito che possono definirsi strumentali all'attività degli enti partecipanti in funzione della loro attività, esclusivamente quei beni e servizi (erogati da società partecipate) di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali l'ente stesso provvede al perseguimento delle proprie attività istituzionali (si veda, fra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77), anche in considerazione della circostanza che la disposizione in parola "ha carattere eccezionale e, in quanto tale, deve essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2011, n. 6974). Il focus interpretativo parrebbe, quindi, essersi spostato da un piano soggettivo (la natura strumentale della società) ad un piano oggettivo (il carattere strumentale dei servizi e/o dei beni erogati dalla società all'ente partecipante), ed inoltre, la nozione stessa di "strumentalità" parrebbe circoscritta a quei soli beni e servizi prodotti e forniti dalla società partecipata all'ente partecipante, di cui quest'ultimo rimane titolare, non potendo, invece, essere riferita a quei beni e servizi, prodotti e forniti dalla società partecipata per conto (e in luogo) dell'ente partecipante, a vantaggio della comunità di riferimento (ricollegandosi, quindi, all'espressa esclusione delle società che gestiscono servizi pubblici locali). Al riguardo, si veda: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36, con nota di C. Contessa, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"?*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, 459.*

<sup>7</sup> Sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione della norma le società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali e le centrali di committenza regionali.

<sup>8</sup> In tal modo, il legislatore ha evidentemente inteso circoscrivere l'attività svolta da dette società alla sola specifica attività in funzione della quale sono state costituite dall'ente affidante.

<sup>9</sup> Invero, le società a cui si applica l'art. 13 del decreto "Bersani" non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara; non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale

<sup>10</sup> Entro quarantadue mesi dall'entrata in vigore del decreto "Bersani" (termine, da ultimo, prorogato dal c. 1-bis dell'art. 20, d.l. n. 207/2008, aggiunto dalla relativa legge di conversione).

<sup>11</sup> Anche se il cit. art. 13 non menziona espressamente il requisito della titolarità di un

mentali, nel tentativo – secondo l’interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 326/2008<sup>12</sup> – di evitare che i soggetti, che svolgono attività amministrativa (per tale intendosi, per l’appunto, anche l’erogazione di servizi strumentali, in affidamento diretto, all’Amministrazione regionale o locale di riferimento), possano esercitare, allo stesso tempo, anche attività d’impresa in regime di concorrenza con operatori privati, beneficiando dei vantaggi competitivi<sup>13</sup> dei quali essi possono godere in virtù del legame privilegiato con le Amministrazioni partecipanti, senza, tuttavia, con ciò negare o limitare la libertà di iniziativa economica tradizionalmente riconosciuta agli enti territoriali<sup>14</sup>, ma imponendo loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza<sup>15</sup>.

Le stesse esigenze che hanno ispirato il cit. art. 13 del decreto “Bersani” hanno, poi, trovato ulteriore conferma nelle disposizioni contenute nell’art. 3, c. 27 ss., della legge finanziaria per il 2008, che hanno imposto a tutte le Amministrazioni e, quindi, anche alle Regioni, di porre in essere un procedimento di riordino e razionalizzazione delle relative partecipazioni societarie, all’esito del quale le Amministrazioni avrebbero dovuto mante-

affidamento diretto, è oltremodo evidente, anche alla luce delle previgenti regole in materia di affidamento dei contratti pubblici, che la ragione della partecipazione degli enti territoriali in dette società consisteva proprio nella possibilità di affidare loro direttamente determinate attività, evitando, in tal modo, di dover ricorrere all’esternalizzazione a mezzo gara.

<sup>12</sup> In proposito, si vedano: G. Guzzo, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2009, 235 e M.P. Chiti, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, 1115.

<sup>13</sup> Per la definizione dei cd. “vantaggi competitivi” detenuti dalle società a partecipazione pubblica, si veda: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, 1916.

<sup>14</sup> Invero, dalle considerazioni espresse dalla Corte Cost. con la cit. sent. n. 326/2008, secondo cui “...non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative”, pare doversi desumere che, secondo la Consulta, agli enti territoriali (che, per definizione, non perseguono finalità lucrative) deve essere riconosciuta, al pari dei soggetti privati, la libertà di iniziativa economica (ex art. 41 Cost.), con la conseguenza che questi possono esercitarla anche costituendo e/o partecipando società di capitali. Nello stesso senso, milita l’interpretazione suggerita dalla migliore dottrina; in proposito, si vedano: F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, XXIX, III ed., 2006, 736; S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, 1962, 192.

<sup>15</sup> Corte Cost. n. 326/2008 cit.; in termini sostanzialmente analoghi rispetto alle finalità pro-concorrenziali del cit. art. 13, si veda anche il parere dell’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 213/2008, reperibile sul sito *internet* dell’Autorità.

## la disciplina delle società regionali

nera le sole partecipazioni strategiche per il perseguimento delle rispettive finalità istituzionali<sup>16</sup>. Nel dichiarato intento di tutelare la concorrenza e il mercato, con tali disposizioni, il legislatore ha, infatti, stabilito che le amministrazioni (di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2002) non possano costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Gli enti titolari di partecipazioni societarie sono, quindi, stati chiamati ad verificare l'inerenza delle proprie partecipazioni societarie rispetto ai fini istituzionalmente perseguiti<sup>17</sup>.

Senonché, è noto che le disposizioni menzionate non hanno prodotto gli effetti sperati, per non dire che quasi non hanno trovato applicazione<sup>18</sup>, in quanto, da un lato, la portata delle deroghe<sup>19</sup> è tale da calmierare forte-

<sup>16</sup> Secondo l'autorevole insegnamento della Corte costituzionale, le disposizioni contenute nella l.f. 2008 «mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una Pubblica Amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto Pubblica Amministrazione», essendo dette disposizioni «appunto dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, c. 27), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008)» (cfr. sent. n. 148/2009, con nota di L. Lombardi, *Società pubbliche e tutela della concorrenza*, in *Urb. app.*, 2009, 8, 940).

<sup>17</sup> Le disposizioni in parola contengono, altresì, una serie di previsioni procedurali volte a garantire il rispetto dell'obbligo di cessione delle partecipazioni vietate. In particolare, è previsto che l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle esistenti debbano essere autorizzati dall'organo competente, con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti fissati dalla legge. Tale delibera deve successivamente essere trasmessa alla competente Sezione della Corte dei conti, ai fini del relativo controllo. A chiusura del sistema, è previsto l'obbligo per le Amministrazioni di cedere a terzi, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le partecipazioni vietate, entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni in questione. Relativamente a dette disposizioni, si vedano, in dottrina: B. Giliberti e I. Rizzo, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 11, 2511; L. Cameriero e R. De Nictolis, *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè ed., Milano, 2008, 171. Si segnala, altresì, l'interessante documento predisposto da Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, reperibile in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>18</sup> Invero, il termine previsto per la cessione delle partecipazioni non più detenebili è ampiamente scaduto.

<sup>19</sup> Il legislatore ha, infatti, indicato una serie di deroghe atte a calmierare la portata dell'obbligo di cessione all'esito del procedimento di riordino. In primo luogo, è stata espunta

mente l'effetto applicativo dell'obbligo sancito dal citato c. 27, e, dall'altro lato, gli enti regionali e locali hanno mal sopportato l'imposizione, arbitraria ed unilaterale da parte del legislatore statale, dell'obbligo di cedere determinate partecipazioni, che, fino a prova contraria, le medesime Amministrazioni regionali e locali avevano assunto, ritenendole, se non strettamente legate alle relative finalità istituzionali, quantomeno utili per perseguire scopi contingenti ovvero complementari<sup>20</sup>.

Ancora, meritano di essere menzionate, per la loro importanza, le disposizioni con cui il legislatore aveva imposto un rigoroso e severo sistema di limiti alla capacità di azione delle società, prevalentemente *in house*, titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali<sup>21</sup>. Dette disposizioni rien-

dall'originaria versione del cit. c. 27, la previsione che estendeva il divieto all'acquisizione e al mantenimento di partecipazioni anche solo indirette in società non strettamente funzionali. Pertanto, allo stato attuale, è consentito il mantenimento, attraverso il tramite di *holding*, di partecipazioni in soggetti societari che svolgono attività non propriamente riconducibili alla *mission* istituzionale degli enti stessi, ma comunque ritenute utili per il perseguimento di interessi pubblici collaterali. Inoltre, risulta sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale (le società che gestiscono servizi pubblici locali sono, quindi, escluse dall'ambito di applicazione della norma) e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di Amministrazioni aggiudicatrici e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle Amministrazioni, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza. Ancora, le norme in parola non si applicano nel caso di partecipazioni in società quotate nei mercati regolamentati. Sicché, a fronte dell'enunciazione di un principio di grande impatto (ci si riferisce, ovviamente, all'obbligo di cedere le partecipazioni non inerenti all'attività istituzionali degli enti partecipanti), le disposizioni in parola offrono alle Amministrazioni una serie di *escamotage* che finiscono per consentire un'agevole elusione dell'obbligo di cessione delle partecipazioni non strettamente necessarie. Inoltre, «le norme in questione pongono anche questioni di stretta interpretazione del dato letterale. In altre parole, il riferimento alle società "strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali" dell'ente locale, risente di una tendenza diffusa in tema di partecipazioni pubbliche al bilanciamento tra la definizione di macrocategorie, entro le quali collocare le molteplici tipologie societarie esistenti e l'obiettiva necessità delle partecipazioni, di cui si diceva. Lo stesso riferimento alle finalità istituzionali dell'ente locale è ambiguo, può voler dire tutto e niente» (cfr. C.Vitale, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 13).

<sup>20</sup> Per scelta politica ovvero anche solo dal punto di vista delle entrate che dette partecipazioni sono (almeno potenzialmente) suscettibili di garantire.

<sup>21</sup> Le disposizioni in parola, originariamente contenute nell'art. 23-*bis*, c. 9, d.l. n. 112/2008 e successivamente trasposte nell'art. 4, c. 33, d.l. n. 138/2011, hanno introdotto un sistema di limiti e preclusioni particolarmente rigido e severo a carico delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, titolari di affidamenti diretti, in base al quale a detti soggetti era fatto divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi (anche "strumentali" all'attività

## la disciplina delle società regionali

travano a pieno titolo nel filone di cui si sta discutendo, in quanto risultavano principalmente finalizzate a confinare l'attività delle società beneficiarie di affidamenti senza gara negli angusti spazi del loro affidamento, per evitare che queste potessero muoversi nel mercato falsando la concorrenza. Chiaramente, il loro impatto sulle società regionali sarebbe stato, comunque, assai limitato, dal momento che, di norma, dette società non gestiscono servizi pubblici locali (essendo, quest'ultima, una prerogativa tipica delle società degli enti locali); tuttavia, è anche vero che la disciplina dei servizi pubblici locali potrebbe trovare applicazione, per analogia, anche con riferimento alle società che svolgono servizi di interesse generale, queste sì presenti nella galassia delle partecipazioni regionali<sup>22</sup>. In ogni caso, le disposizioni in parola

degli enti) o attività (di qualsiasi natura) per altri enti (diversi da quelli affidanti) pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Tale sistema di limiti finiva, quindi, con l'imporre alle società *in house* operanti nel settore dei servizi pubblici locali l'obbligo di attività esclusiva per tutta la durata dell'affidamento, in modo sostanzialmente analogo a quanto previsto dall'art. 13 del decreto "Bersani" per le società strumentali. A ben vedere, il legislatore, nell'individuare il sistema di limiti di cui si è detto, aveva introdotto una disciplina decisamente più restrittiva e rigorosa rispetto al paradigma indicato dal diritto dell'U.E. con specifico riferimento ai soggetti societari a partecipazione pubblica. A seguito dell'abrogazione delle disposizioni che li prevedevano, il legislatore non ha più riproposto i limiti alla capacità di azione delle società *in house*, che attualmente, si devono, quindi, ricavare "a contrario" dal concetto di attività prevalente, così come elaborato dalla giurisprudenza (comunitaria e nazionale), diversamente da quanto avviene con riferimento alle società *in house* operanti nel settore dei servizi strumentali, rispetto a cui dovrebbero valere ancora i limiti del "Bersani". In proposito, sia consentito rinviare a: E. Trenti, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2011, 2, 47.

<sup>22</sup> Invero, la categoria dei servizi pubblici locali (tipica della legislazione nazionale, la cui definizione si rinviene attualmente nell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000; in proposito, si vedano, in dottrina: C. Tessarolo, *Appalti, concessioni di servizi e art. 23-bis*, in *www.dirittodeiserviziipubblici.it*, 2009, 1; G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, 498; A. Police, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 79; G. Caia, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007, 145; F. Mastragostino, *Le concessioni di servizi*, in R. Garofoli e M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, 97; M. Dugato, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 9, 1289; G. Greco, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in F. Mastragostino (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, CEDAM, Padova, 1998) è stata, sovente, ritenuta coincidente con quella, di derivazione comunitaria, dei servizi di interesse generale. In realtà, a ben vedere, la seconda categoria ricomprende la prima, ma non si esaurisce con essa. Sicché, se è vero che tutti i servizi pubblici locali rientrano nella categoria dei servizi di interesse generale (sul punto, si veda: Corte conti, Sez. controllo Lombardia, parere 27 novembre 2012, n. 506), è altrettanto vero che ben possono esi-

sono rimaste in vigore per un periodo di tempo decisamente limitato, essendo state travolte prima dal *referendum* abrogativo del giugno 2011 e, poi, dalla pronuncia di incostituzionalità della disciplina successivamente riproposta, in termini sostanzialmente analoghi, dal legislatore (sul presupposto che essa contrastava, per l'appunto, con l'esito referendario).

In secondo luogo, si registra una serie di disposizioni, principalmente finalizzate a contenere i costi legati al funzionamento delle società pubbliche attraverso la forzata dismissione delle partecipazioni detenute dalle Amministrazioni periferiche (seconda linea di tendenza).

Nel contempo, le medesime disposizioni tendono, per altro verso, a disincentivare (*rectius*: reprimere) il ricorso, da parte degli enti territoriali, alla modalità organizzativa dell'autoproduzione (*in house providing*), nell'ottica della promozione forzata della concorrenza "per" il mercato (terza linea di tendenza).

Rientrava certamente tra queste l'art. 15, c. 1, lett. *d*), d.l. n. 135/2009, che, nel modificare il c. 8 dell'art. 23-*bis*, recante disciplina del periodo transitorio degli affidamenti di servizi pubblici locali<sup>23</sup>, ha innovativamente previsto l'obbligo di (parziale) privatizzazione delle società pubbliche *in house*<sup>24</sup>, nonché di progressiva dismissione delle quote detenute dagli enti territoriali nelle società quotate titolari di affidamenti diretti<sup>25</sup>. La disposizione in pa-

stere attività ulteriori che, pur prive delle caratteristiche tipiche dei servizi pubblici locali (ad esempio, per carenza del requisito della funzionalizzazione al soddisfacimento di interessi territorialmente circoscritti ovvero per la mancata previsione di obblighi di servizio pubblico), possano essere qualificate come servizi di interesse generale, per la loro attitudine a realizzare interessi diffusi della collettività. Sul punto, si osserva, altresì, che l'art. 1 della direttiva 2006/123/CE e l'art. 14 del T.F.U.E. hanno rimesso ai singoli Stati membri il compito di definire, in conformità al diritto dell'U.E., quali essi ritengano essere servizi di interesse generale.

<sup>23</sup> Relativamente all'applicabilità di tali disposizioni alle società regionali, valgono le medesime considerazioni espresse poc'anzi, con riferimento ai limiti alla capacità di azione delle società titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali.

<sup>24</sup> In particolare, la disposizione in parola prevedeva che «le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 (ossia, alla data di entrata in vigore della legge n. 133 del 2008 di conversione del d.l. n. 112/2008) affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le Amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del c. 2».

<sup>25</sup> Ancora, il medesimo c. 8 (lett. *d*)), prevedeva un meccanismo premiale con riferimento agli affidamenti diretti disposti a favore di società quotate quotate, a mente del quale «gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359

## la disciplina delle società regionali

rola, che si proponeva, a ben vedere, di sacrificare la formula organizzativa dell'*in house providing* per incentivare l'ingresso nel mercato di operatori privati e, soprattutto, per conseguire la monetizzazione delle partecipazioni societarie pubbliche, non ha mai trovato applicazione in quanto è stata abrogata a seguito del *referendum* popolare del 12 e 13 giugno 2011. Invero, nonostante la disciplina abrogata dal *referendum* sia stata, poi, reintrodotta (quasi integralmente) dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011 (salvo essere, poco dopo, dichiarata costituzionalmente illegittima da C. cost. n. 199/2012)<sup>26</sup>, l'obbligo di cessione delle partecipazioni pubbliche non è stato più riproposto<sup>27</sup>, presumibilmente in considerazione del forte dissenso manifestato dall'opinione pubblica, in occasione del predetto *referendum*<sup>28</sup>, nei confronti dell'ipotesi di

del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015».

<sup>26</sup> È noto che la disciplina dell'art. 23-*bis*, successivamente all'abrogazione referendaria, è stata quasi interamente riproposta dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, salvo essere nuovamente abrogata in conseguenza della declaratoria di incostituzionalità (per violazione dell'art. 75 Cost.), di cui alla sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale (in proposito, si veda il contributo di J. Bercelli, *Servizi pubblici locali e referendum*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 155).

<sup>27</sup> È interessante notare che l'obbligo di cessione delle partecipazioni pubbliche nelle società *in house* e miste non quotate, titolari di affidamenti diretti, è fra le poche disposizioni che non sono state riportate nell'art. 4, d.l. n. 138/2011 (si veda segnatamente il c. 32), mentre è stata, invece, riproposta la condizione della progressiva dismissione delle partecipazioni azionarie pubbliche nelle società quotate titolari di affidamenti diretti, al cui adempimento risultava (ancora una volta) subordinata la prosecuzione di tali affidamenti fino alla loro naturale scadenza. Pur avendo espunto la previsione della cessione delle partecipazioni azionarie pubbliche dal periodo transitorio, il legislatore ha mantenuto inalterato il proprio *favor* nei confronti della dismissione delle partecipazioni azionarie pubbliche nelle società che gestiscono servizi pubblici locali, prevedendo, all'art. 5 del d.l. n. 138/2011, forme di incentivazione economica a favore degli enti territoriali che intendano procedere alla dismissione delle partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica.

<sup>28</sup> In proposito, è interessante evidenziare che, dai risultati di un'indagine di mercato sul rapporto tra servizi pubblici locali e cittadini, svolta da Confservizi e A.S.S.I.R.M. (Associazione degli istituti di ricerca di mercato sociale e di opinione) subito prima del *referendum* del 12-13 giugno 2011, sono emerse alcune importanti indicazioni. Relativamente all'esternalizzazione e alla contestuale progressiva dismissione delle società pubbliche incaricate della gestione dei servizi, l'opinione nettamente più diffusa è che in tutti i settori analizzati sia di gran lunga preferibile una gestione completamente pubblica o, tutt'al più, mista. Non par dubbio, quindi, che l'indicazione sia quella di completare e consolidare la liberalizzazione dei

privatizzazione. Successivamente a detta pronuncia di incostituzionalità, il legislatore si è astenuto dal dettare una nuova disciplina “esaustiva” della materia dei servizi pubblici locali, limitandosi ad approvare alcune misure finalizzate ad assicurare il rispetto della disciplina comunitaria in materia di affidamento della gestione dei servizi di interesse generale. Ci si riferisce, in particolare, al vigente art. 34, c. 20-25, d.l. n. 179/2012<sup>29</sup>, che contiene una disciplina *de minimis* e prevede che i nuovi affidamenti vengono disposti nel rispetto dei requisiti richiesti dal diritto dell’U.E. per la forma di affidamento prescelta, con la conseguenza che le Amministrazioni possono legittimamente affidare (direttamente) la gestione dei servizi pubblici locali alle proprie società *in house*<sup>30</sup>.

Nello stesso solco tracciato dalla sopra cit. disposizione in materia di privatizzazione delle società pubbliche titolari della gestione di servizi pubblici locali, si è successivamente inserito l’art. 4 del d.l. n. 95/2012<sup>31</sup>, convertito dalla legge n. 135/2012 (cd. *spending review 2*), con cui il legislatore ha imposto, alternativamente, lo scioglimento ovvero l’alienazione delle società, operanti nel campo dei servizi strumentali<sup>32</sup>, controllate direttamente

servizi in una prospettiva, tuttavia, di possibile mantenimento della gestione pubblica. Di talché, non si può negare un “*fortissimo favor degli italiani per il mantenimento in man pubblica dei servizi degli enti locali da collocare, tuttavia, in un contesto di apertura dei mercati; attenzione principale ai risultati qualitativi dei servizi erogati a fronte di un miglioramento dei quali si è disposti anche ad accettare tariffe più elevate*” (cfr. B. Spadoni, *La regolazione dei servizi pubblici locali alla luce dei risultati del referendum*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 6).

<sup>29</sup> In proposito, si veda anche l’art. 13 del d.l. n. 150/2013, che disposta la proroga dei termini per la ricognizione delle gestioni esistenti.

<sup>30</sup> La giurisprudenza più recente ha accertato il venir meno del principio dell’eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, chiarendo, fra l’altro, che attualmente l’ordinamento nazionale “*non indica un modello preferibile – ossia non predilige né l’in house, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato, e neppure il partenariato pubblico-privato – ma rinvia alla scelta concreta del singolo ente affidante*” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762). Al riguardo, si veda, altresì: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 11 aprile 2013, n. 1925. In dottrina, si segnala: G. Cocco, *L’in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2013.

<sup>31</sup> Il cui principale obiettivo era dichiaratamente quello della “*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*”. In proposito, si veda il prezioso contributo di M. Dugato, *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: una strana e complessa teogonia*, in *Munus*, n. 3/2013.

<sup>32</sup> L’obbligo di scioglimento/alienazione non si applica “*alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica*” (cfr. art. 4 cit., c. 3), ma riguarda esclusivamente le società che producono beni e/o servizi strumentali all’attività degli enti partecipanti e quelle che svolgono attività connesse all’esercizio di funzioni amministrative di cui



## la disciplina delle società regionali

o indirettamente dalle Pubbliche Amministrazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi<sup>33</sup> a favore di Pubbliche Amministrazioni superiore al novanta per cento dell'intero fatturato nell'anno 2011, e, nel contempo, ha introdotto una nuova disciplina della com-

all'art. 118 Cost. (che, peraltro, in determinati casi, possono essere esonerate dall'applicazione del primo comma, previa riorganizzazione e razionalizzazione secondo le modalità di cui al c. 3-*sexies* dell'art. 4). Fermo restando quanto si è detto poc'anzi in relazione al rapporto tra la categoria dei servizi pubblici locali e quella dei servizi di interesse generale, relativamente all'individuazione di questi ultimi, si ritiene necessario fare riferimento al dato sostanziale del destinatario finale della prestazione (in proposito, si veda: C.Corsi, *Le concessioni di lavori e servizi*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, 11; e sia, altresì, consentito rinviare a: E. Trenti, *Orientamenti in materia di qualificazione del servizio di pubblica illuminazione e sintetiche considerazioni in merito alla innovativa categoria giuridica dell'appalto di servizio pubblico locale*, in *Lexitalia*, n. 11/2011). In tale prospettiva, pare debbano essere considerati servizi di interesse generale tutte le attività volte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, anche qualora le stesse non siano remunerate (nemmeno indirettamente) dall'utenza. La complementare categoria dei servizi cd. "strumentali" parrebbe, anche alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa (si vedano, *ex multis*, Cons. St., sez.V, 11 gennaio 2011, n. 77 e Cons. St., sez.V, 29 dicembre 2011, n. 6974), ricomprendere quei soli beni e servizi prodotti e forniti dalle società partecipate all'ente partecipante, di cui quest'ultimo rimane titolare, non potendo, invece, essere riferita a quei beni e servizi, prodotti e forniti dalle società partecipate per conto (e in luogo) dell'ente partecipante, a vantaggio (in ultima analisi) della comunità di riferimento.

<sup>33</sup> Rispetto alla definizione di "fatturato da prestazione di servizi", vengono in rilievo due differenti filoni interpretativi: il primo, fondato sul dato letterale della norma, che fa riferimento ai soli "servizi", induce a considerare rilevante unicamente il fatturato relativo a tale tipologia di prestazioni, così come definita dall'art. 3, c. 10, d.lgs. n. 163/2006; il secondo (in proposito, si segnala: G. Fuoco, *La nuova società in house "marginale" negli affidamenti di beni e servizi a seguito della spending review*, in *www.lexitalia.it*, 2012, 7-8), maggiormente aderente all'impostazione complessiva dell'art. 4 (che, al c. 7, menziona, analogamente all'art. 13 del decreto "Bersani", i "beni e servizi strumentali", come fossero una categoria unitaria), suggerisce, invece, di prendere – più correttamente – in esame i dati relativi sia alla prestazione di servizi (come sopra definiti), che alla fornitura di beni (in proposito, rileva la definizione di cui all'art. 3, c. 9, d.lgs. n. 163/2006). Quanto ai contratti di lavori, pare, invece, che questi non rilevino ai fini dell'applicabilità della disposizione *de qua*, per un duplice ordine di ragioni. In *primis*, in quanto ciò contrasterebbe con la stessa formulazione letterale (facendo essa riferimento al «fatturato da prestazione di servizi») della norma. In secondo luogo, occorre considerare che la finalità perseguita dal Governo con il cit. art. 4, oltre a quella (primaria) della riduzione della spesa relativa alle società pubbliche, è dichiaratamente quella di incentivare e promuovere la concorrenza nel campo dei servizi e delle forniture, a carattere continuativo (mentre, invece, i lavori hanno, di norma, carattere "singolare"), di natura "strumentale" rispetto all'attività degli enti committenti, relegando (in tali settori) il modello organizzativo dell'*in house providing* ad un ruolo del tutto marginale, sul presupposto che detta forma di affidamento diretto costituirebbe un ostacolo all'apertura alla concorrenza.

posizione e dei compensi degli organi amministrativi delle società partecipate<sup>34</sup>.

La medesima disposizione aveva, altresì, introdotto, almeno in un primo momento, un limite di valore<sup>35</sup> agli affidamenti diretti di (forniture e) servizi strumentali alle società pubbliche<sup>36</sup>, analogamente a quanto avvenuto, in passato, con riferimento ai servizi pubblici locali, limite che, poi, è stato prontamente rimosso<sup>37</sup>, avendo il legislatore presumibilmente ravvisato un potenziale contrasto con il principio espresso dal *referendum* popolare del 12 e 13 giugno 2011<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Ci si riferisce, in particolare, al c. 5, che riguarda tutte le società a partecipazione pubblica, diretta o indiretta, totalitaria. Il precedente c. 4, sempre in tema di composizione degli organi amministrativi si applica, invece, ai (soli) «Consigli di Amministrazione delle società di cui al c. 1». A ben vedere, dette disposizioni, pur essendo orientate a perseguire contingenti obiettivi di contenimento della spesa pubblica, sono, in realtà, suscettibili di modificare lo «statuto speciale» delle società a partecipazione pubblica e, quindi, finiscono col porsi su un piano differente da quelle relative alla dismissione delle partecipazioni societarie (tanto è vero che anche le loro sorti sono state differenti).

<sup>35</sup> Nella sua formulazione originaria, il c. 8 del cit. art. 4 disponeva che, «a decorrere dal 1° gennaio 2014, l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui».

<sup>36</sup> Ciò si desume, in particolare, dalla lettura della Relazione tecnica del Governo, secondo cui i c. 7 e 8 del cit. art. 4, concernenti la «espansione del principio della selezione competitiva per l'individuazione di beni e servizi strumentali all'attività delle P.A.», prevedevano, in sostanza, «l'acquisizione sul mercato di beni e servizi strumentali all'Amministrazione, limitando l'affidamento in house dei servizi a decorrere dal 1° gennaio 2014, pur in presenza delle condizioni che lo permetterebbero. L'affidamento in house, a partire dalla stessa data, può avvenire solo per l'acquisizione di beni e servizi di valore inferiore a 200.000 euro annui. Sono fatti salvi gli affidamenti attualmente in corso fino alla scadenza naturale del rapporto. La norma non determina effetti finanziari negativi».

<sup>37</sup> In base alle modifiche apportate dall'art. 34, c. 27, d.l. n. 179/2012, convertito dalla l. n. 221/2012.

<sup>38</sup> Come si è detto, il legislatore statale aveva già introdotto misure sostanzialmente analoghe (quantomeno, per la *ratio* che ne è a fondamento), per disincentivare il ricorso al modello organizzativo *in house* e per imporre, nel contempo, la progressiva dismissione delle partecipazioni azionarie nelle società pubbliche operanti nel settore dei servizi pubblici locali. Senonché, dette misure sono state travolte (prima ancora di essere applicate) dal *referendum* abrogativo di giugno 2011 e, poi, a seguito della loro reintroduzione, dalla sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale, con la conseguenza che il legislatore – pur nella consapevolezza che il differente ambito di applicazione oggettivo dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012 non avrebbe probabilmente consentito di riferire a tale ultima disposizione le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella cit. sent. n. 199/2012 – ha, comunque, ritenuto di

## la disciplina delle società regionali

Anche di là delle palesi incongruenze relative alla definizione dell'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 4, c. 1, d.l. n. 95/2012<sup>39</sup> e delle numerose lacune che finivano col consentire un facile e lecito aggiramento delle misure previste dalla disposizione in parola<sup>40</sup>, preme, in questa sede, evidenziare la profonda contraddizione in cui è incorso il legislatore, nel dettare i vincoli di dismissione di cui si è detto poc'anzi, sostanzialmente negando la *ratio* che, solo pochi anni prima, aveva ispirato la stesura dell'art. 13 del decreto "Bersani". Infatti, mentre tale ultima disposizione si proponeva – coerentemente con le indicazioni fornite, sul punto, dalle Istituzioni comunitarie – di arginare i fenomeni distorsivi della concorrenza e del mercato determinati dalla (frequente) presenza in mercati concorrenziali di soggetti (le società *in house* – o meglio – le società titolari di affidamenti diretti, talvolta anche miste), operanti nel settore dei beni e dei servizi "strumentali", che beneficiavano di vantaggi competitivi (la possibilità di godere di risorse pubbliche assegnate direttamente), sostanzialmente "isolando" detti soggetti<sup>41</sup>, l'art. 4, d.l. n. 95/2012, in nome delle esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa<sup>42</sup>, nel tentativo di promuovere (e non solo tutelare) la concorrenza, attraverso un'ingerenza "attiva" – certamente non giustificata dal diritto dell'U.E. – nella scelta discrezionale, di pertinenza

espungere il limite di valore per l'affidamento *in house* dei servizi strumentali, modificando il menzionato c. 8.

<sup>39</sup> Del tutto inspiegabilmente, il legislatore ha ommesso di richiamare il requisito della titolarità di un affidamento diretto, con la conseguenza che, per come era formulato, il c. 1 avrebbe dovuto applicarsi anche alle società miste titolari di affidamenti conseguiti con gara, nel caso in cui queste avessero conseguito il novanta per cento del relativo fatturato da Pubbliche Amministrazioni.

<sup>40</sup> Basti pensare al fatto che la disposizione in parola non ha vietato la costituzione di nuove società strumentali.

<sup>41</sup> Nella sua originaria formulazione, l'art. 13 più volte cit. prevedeva che «le società (...) devono operare esclusivamente con gli enti partecipanti...sono ad oggetto sociale esclusivo». In un secondo momento, il vincolo di esclusività (dell'attività di detti soggetti nei confronti degli enti soci), posto a tutela della concorrenza, è stato rimosso – presumibilmente sul presupposto che era sproporzionato o, comunque, eccessivamente gravoso – con la conseguenza che a tali soggetti è stata riconosciuta la possibilità di collocare una parte marginale della propria attività sul mercato, svolgendo servizi e forniture per conto di soggetti pubblici e privati diversi dagli enti soci. L'obbligo di oggetto sociale esclusivo è, invece, tuttora sussistente.

<sup>42</sup> C. cost. n. 229/2013 ha chiarito che «l'impugnato art. 4 si inserisce fra le disposizioni recate dal d.l. n. 95/2012 (...) con le quali il legislatore statale ha inteso "razionalizzare la spesa pubblica attraverso la riduzione delle spese per beni e servizi, garantendo nel contempo l'invarianza dei servizi ai cittadini". È quindi indiscutibile che la disciplina impugnata obbedisce anche alla finalità del contenimento della spesa pubblica».

delle Amministrazioni affidanti, tra auto-produzione ed esternalizzazione<sup>43</sup>, finisce irragionevolmente<sup>44</sup> col penalizzare<sup>45</sup> proprio i soggetti societari che si erano conformati alle prescrizioni del cit. art. 13 del decreto “Bersani”<sup>46</sup>.

Senonché, la Corte Costituzionale, avendo ravvisato la suddetta distonia, con la pronuncia n. 229/2013, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute nell’art. 4 della *spending review* 2, “nella parte in cui si applicano alle Regioni ad autonomia ordinaria”, avendo il legislatore statale, peraltro, patentemente violato i limiti della propria potestà legislativa in materia di coordinamento della finanza pubblica. Tuttavia, la pronuncia della Corte, in base ad un percorso motivazionale quanto meno discutibile, dopo aver ravvisato l’irragionevolezza, prima ancora dell’illegittimità, delle misure previste dalla disposizione statale, ne ha confermato l’applicabilità alle società degli enti locali, non senza sollevare le obiezioni della migliore dottrina<sup>47</sup>. A tale inconfruenza ha, da ultimo, posto rimedio l’art. 1, c. 562, lett.

<sup>43</sup> La stessa Corte Costituzionale, con la cit. sent. n. 229/2013, ha ritenuto di evidenziare che «la disciplina dettata dai commi 1 e 2 dell’art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 (...) lungi dal perseguire l’obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le Pubbliche Amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nella «attività amministrativa in forma privatistica» per le predette Amministrazioni e non operino sul mercato «beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto Pubblica Amministrazione» (sent. n. 326 del 2008), colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo. Essa, infatti, impone a tutte le Amministrazioni, quindi anche a quelle regionali, di sciogliere o privatizzare proprio le società pubbliche strumentali che, nell’anno 2011, abbiano conseguito più del novanta per cento del proprio fatturato da prestazioni di servizi alla Pubblica Amministrazione controllante (c. 1), sanzionandole, in caso di mancato adeguamento agli obblighi di scioglimento o privatizzazione, con il divieto del rinnovo degli affidamenti in essere di nuovi affidamenti diretti in favore delle predette società (c. 2, cui si congiunge il c. 8)».

<sup>44</sup> Invero, le misure si applicano a prescindere da un’analisi concreta che dimostri l’antieconomicità della gestione degli affidamenti di forniture e servizi strumentali tramite società pubbliche.

<sup>45</sup> Imponendo agli enti controllanti gli obblighi di alienazione/scioglimento, di cui al c. 1.

<sup>46</sup> In dottrina, vi è chi ha osservato che il risultato è paradossale: «il d.l. n. 95/2012 pare tutelare le società *in house* che hanno lavorato meno con gli enti pubblici in quanto le società che hanno conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di Pubbliche Amministrazioni superiore al 90% devono essere dismesse. Si trovano conseguentemente in una posizione di favor le società che hanno lavorato meno con il settore pubblico. Lo svolgimento delle attività marginali, ovvero, delle attività destinate al mercato diventa un parametro importante per stabilire non l’ammissibilità dell’*in house* ma, al contrario, lo scioglimento della società *in house*. Ciò vuol dire che un possibile fattore di criticità dell’*in house* diventa, con il d.l. 95/2012, un punto di forza per evitarne lo scioglimento» (cfr. Bruno E. G. Fuoco, op. ult. cit.).

<sup>47</sup> Ci si riferisce a M. Dugato, op. ult. cit., secondo cui «una disciplina dichiarata irra-

## la disciplina delle società regionali

a), della legge di stabilità per il 2014, che ha disposto l'abrogazione degli obblighi di dismissione previsti dal cit. art. 4, d.l. n. 95/2012.

Da ultimo, viene in rilievo la disposizione contenuta nell'art. 14, c. 32, d.l.n. 78/2010<sup>48</sup> e succ. mod. – il cui scopo principale era, ancora una volta, quello di impedire l'utilizzo del modello societario, sul presupposto, invero indimostrato (quanto meno rispetto alle società di nuova costituzione), dell'antieconomicità di detta forma organizzativa – secondo cui «fermo quanto previsto dall'art. 3, c. 27, 28 e 29, l. 24 dicembre 2007, n. 244<sup>49</sup>, i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società.

gionevole per alcune società è fatta salva con riferimento ad altre società, quasi che il vizio genetico si sani in ragione di chi fronteggia l'ammalato. Non vedo altra interpretazione possibile se non quella della pretestuosità del riferimento alle materie dell'art. 117 e del sostanziale disinteresse per le ragioni degli enti locali. In altri termini, la preoccupazione della Corte è quella di cristallizzare un assetto istituzionale in cui lo Stato è l'unico soggetto di riferimento, la cui azione è limitata da un illimitato controllo della Corte Costituzionale sulla ragionevolezza. Le Regioni beneficiano degli errori dello Stato; gli enti locali, nemmeno di quelli». Si veda, altresì, il contributo di F. Francario, *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la cd. "spending review" (alla luce della sentenza Corte Cost. n. 229/2013)*, in *Corr. merito*, 2013, 10, 933.

<sup>48</sup> Per un inquadramento dei contenuti di tale disposizione e delle relative questioni interpretative, si vedano: F. Moretti, *Limiti all'utilizzabilità dello strumento societario da parte dei Comuni di piccole e medie dimensioni*, in *Azienditalia*, 2012, 7; G. Colangelo, P. Fossati, M.G. Montanaro, *Le dismissioni delle società partecipate dai Comuni minori*, in *Urb. e app.*, 2012, 7, 822; Bi Giliberti, I. Rizzo, *Le società pubbliche nel mercato alla luce dell'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010*, in *Urb. e app.*, 2012, 3, 267; L. Archimi e S. Sileoni, *Le partecipazioni dei Comuni nelle società che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 14, c. 32, del d.l. 78/2010 ed il principio di specialità dell'art. 23 bis, c. 2, lett. b), e c. 3 del d.l. 112/2008 in subiecta materia*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 11.

<sup>49</sup> Quanto al rapporto intercorrente tra la disposizione *de quo* e i c. 27, 28 e 29 dell'art. 3, l.f. 2008, concernenti il cd. procedimento di riordino delle società pubbliche, si rileva che l'orientamento attualmente prevalente sembra essere quello che sostiene la tesi dell'applicazione congiunta di entrambe le disposizioni in parola (in proposito, si segnalano, fra le altre: C. conti, sez. controllo Lombardia, 15 settembre 2010, n. 861 e 20 dicembre 2010, n. 92; sez. controllo Veneto, 25 gennaio 2012, n. 74; sez. controllo Emilia Romagna, 13 febbraio 2012, n. 9), cd. doppio binario (si veda: R. Camporesi, *Teoremi interpretativi dell'art. 14, comma 32, del d.l. 78/2010 sui limiti imposti agli enti locali a detenere società*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 5/2012, e *Teoremi... (seconda parte)*, *ivi*, 6/2012), secondo cui i Comuni minori soggiacciono a due vincoli: il primo qualitativo, in base al quale possono continuare a detenere le sole partecipazioni conformi ai requisiti di cui all'art. 3, c. 27, della legge n. 244/2007; il secondo quantitativo, nel senso che, verificato il primo requisito, non possono comunque detenere alcuna partecipazione in società, a meno che non ricorrano le condizioni precisamente indicate nel cit. art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010. Sicché, alla luce dell'interpretazione di cui si discute, peraltro avallata anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, si dovrebbe ritenere «che la disciplina di cui all'art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010 abbia portata generale e che

Entro il 30 settembre 2013<sup>50</sup> i Comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni», con l'ulteriore precisazione, atta a temperare la portata dirompente della norma sulle partecipazioni già detenute dagli enti minori, che le predette disposizioni non si applicano alle società "virtuose" e a quelle, con partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero di abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti. Ai Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti è, invece, consentito detenere partecipazioni in una sola società.

A ben vedere, la disposizione in parola, la cui finalità principale è, ancora una volta, quella del contenimento della spesa degli enti territoriali, a cui si correla, altresì, l'obiettivo della razionalizzazione (e conseguente efficientamento) del sistema delle partecipazioni pubbliche<sup>51</sup>, avrebbe ragionevolmente dovuto essere applicata esclusivamente ai soli Comuni "minori",

le società *in house* incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, tanto esistenti quanto di nuova costituzione, debbano tutte essere computate ai fini del rispetto dei limiti imposti (con l'unica eccezione delle società di diritto singolare)» (parere A.V.C.P. del 4 aprile 2012). Tuttavia, detta conclusione non convince del tutto, in quanto la potenziale antinomia tra la disposizione avente "portata generale" di cui al cit. art. 14, c. 32 e le discipline di settore che consentono – e non, necessariamente, obbligano – l'ente comunale ad avvalersi della forma societaria per svolgere determinate attività o servizi (come, ad esempio, nel caso della gestione dei servizi pubblici locali e delle relative reti ovvero dello svolgimento delle funzioni di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi locali), parrebbe dover essere risolta mediante l'applicazione del criterio di specialità, in forza del quale "*lex specialis derogat legi generali; lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*" – come, peraltro, sostenuto da C. conti, sez. controllo Puglia, 8 luglio 2010, n. 56 –, con la conseguenza che le partecipazioni societarie espressamente consentite da normative di settore dovrebbero ritenersi escluse dall'ambito oggettivo di applicazione della disposizione in parola (in tal senso, si è espresso anche S. Pozzoli, *Le partecipate aspettano il bilancio 2012*, in *Il sole 24 ore* del 5 marzo 2012).

<sup>50</sup> Termine prorogato per effetto di quanto disposto dall'art. 29, c. 11-*bis*, d.l. n. 216/2011.

<sup>51</sup> Dalla collocazione sistematica della disposizione è possibile evincere che la stessa si pone in relazione con la previsione dell'obbligo di esercizio associato delle funzioni fondamentali nei confronti dei Comuni più piccoli e risulta finalizzata a contenere il numero di società partecipate dagli enti locali minori. Secondo la Sezione regionale di controllo per la Lombardia della Corte dei conti, «l'obiettivo legislativo (...) è di evitare la proliferazione di partecipazioni in società sottodimensionate, che non dispongono di risorse per operare in modo autonomo ed efficiente, all'esterno dell'ente costituente (con pregiudizio per la finanza pubblica). In questo modo, il legislatore ha voluto evitare un diseconomico processo di polverizzazione gestione degli enti stessi e dei loro servizi, dall'altro ha cercato di valorizzare le economie di scala, riconoscendo ai Comuni di minori dimensioni la possibilità di associarsi per dar vita ad aggregazioni societarie» (cfr. parere 29 marzo 2012, n. 91).

## la disciplina delle società regionali

facendo, quindi, salve le partecipazioni societarie detenute dagli enti territoriali di maggiori dimensioni, come le Regioni.

Senonché, la scarsa chiarezza della norma ha prodotto vari dubbi interpretativi, concernenti, in particolari, la questione dell'eventuale applicabilità dei limiti imposti dal cit. art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010 anche al caso (invero, assai frequente) di società pubbliche pluripartecipate e, in particolare, di quelle controllate e/o partecipate congiuntamente da Comuni di piccole dimensioni e da enti territoriali sovraordinati, come Province e Regioni. Al riguardo, parte della dottrina<sup>52</sup> ha sostenuto che «la specialità della disposizione in esame imponga che nel computo degli abitanti dei soggetti partecipanti al capitale della società, che deve essere superiore a 30.000 affinché possa scattare una condizione di eccezione dall'applicazione della norma, non possa tenersi conto (...) dei soggetti diversi dagli enti municipali», in ossequio a quanto, peraltro, già rilevato dalla Corte dei conti, Sezione controllo per il Piemonte, secondo cui «il tenore letterale della disposizione (La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero di abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti) e lo scopo perseguito dal legislatore di limitare il ricorso allo strumento societario entro i limiti normativamente stabiliti impedisce di estendere la previsione normativa contenuta nell'art. 14, c. 32, ad altre situazioni che non siano state espressamente regolamentate»<sup>53</sup>.

Tuttavia, deve obiettarsi come un'interpretazione sistematica e teleologica (e, quindi, non strettamente letterale) della disposizione *de qua* non possa che condurre ad esiti differenti. Infatti, se è vero che la disposizione *de qua* (considerato anche il contesto in cui si inserisce) risulta(va) finalizzata a promuovere l'esercizio associato delle competenze da parte dei Comuni minori e, nel contempo, ad evitare la proliferazione di partecipazioni in società sottodimensionate, è altrettanto vero che dette finalità risultano pienamente soddisfatte, non solo nel caso, a cui fa espressamente riferimento la disposizione in esame, di cooperazioni "orizzontali"<sup>54</sup>, ma anche nel caso di cooperazioni "verticali", tra enti territoriali di diverso livello, che partecipano la medesima società, con la conseguenza che anche queste ultime, al pari

<sup>52</sup> In particolare, G. Bassi, *Enti locali e partecipazioni societarie: condizioni di un rapporto sempre più difficile*, in [www.public-utilities.it](http://www.public-utilities.it), 2012.

<sup>53</sup> C. conti, Sez. contr. Piemonte, parere n. 8/2012.

<sup>54</sup> Ossia, di società partecipate da più Comuni, a cui si correla la deroga secondo cui «La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero di abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti».

delle prime, non dovrebbero essere soggette all'obbligo di cessione/liquidazione imposto dal più volte cit. art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010. Per non dire, poi, delle difficoltà applicative che si incontrerebbero se, in ipotesi, la disposizione dovesse essere applicata anche alle società pluripartecipate, considerato che l'obbligo di cessione/messa in liquidazione riguarda direttamente solo i Comuni "minori", e non anche gli altri soci pubblici di tale tipologia di società<sup>55</sup>.

In ogni caso, la questione è stata, da ultimo, superata, in considerazione della sopravvenuta abrogazione dell'art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010, per effetto di quanto disposto dall'art. 1, c. 561, l. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità per il 2014). È appena il caso di evidenziare che l'abrogazione della disposizione in parola è sopravvenuta in un momento successivo al termine ultimo di scadenza previsto per la relativa applicazione, a chiaro segnale del fatto che, anche al di là della ritenuta inidoneità della disposizione a conseguire gli obiettivi attesi, si è registrato un generalizzato, consistente ritardo nell'implementazione, da parte degli enti titolari delle partecipazioni, delle misure *ivi* previste (altrimenti, non si spiegherebbe la ragione dell'abrogazione postuma di una disposizione che, almeno teoricamente, avrebbe dovuto già esaurire i propri effetti), presumibilmente derivante dalle oggettive difficoltà incontrate nel realizzare un repentino cambio di rotta rispetto alla tendenza all'incentivazione del modello societario che ha caratterizzato la normativa degli ultimi due decenni.

Ebbene, tracciando un quadro di sintesi delle conclusioni raggiunte dalle direttrici legislative sopra considerate, si osserva che, mentre le disposizioni appartenenti alla prima linea di tendenza, principalmente finalizzate ad evitare che l'impresa pubblica possa godere di regimi privilegiati, alterando il confronto concorrenziale, hanno superato il vaglio di legittimità costituzionale<sup>56</sup> e, sia pure con tutte le incertezze e i dubbi del caso, hanno

<sup>55</sup> Non par dubbio che che l'obbligo di attivarsi per ottemperare a quanto richiesto dal cit. art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010 gravi sui soli Comune con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, ovvero compresa tra i 30.000 e i 50.000 abitanti. Conseguentemente, al pari quanto avviene in caso di società pubblica partecipata da un solo ente, il Comune è tenuto a valutare quale delle due alternative (ed equiordinate) modalità indicate dalla norma – cessione della partecipazione ovvero liquidazione della società – sia preferibile alla luce delle peculiari caratteristiche presentate, in concreto, dalla società. Senonché, diversamente dal caso della società monocomunale rispetto a cui la volontà dell'unico socio è evidentemente determinante, nel caso di società pluripartecipata la questione è più articolata, in quanto coinvolge necessariamente anche la volontà degli altri soci (in ipotesi, Regioni ovvero Province), con la conseguenza che, nel caso in cui questi ultimi detengano il controllo della società, ben potrebbero impedire la realizzazione degli effetti indicati dalla disposizione in parola (specialmente, qualora l'ente locale minore intenda optare per la liquidazione).



## la disciplina delle società regionali

effettivamente trovato applicazione, le norme appartenenti al secondo e terzo gruppo, ossia quelle preordinate, da un lato, ad imporre la dismissione delle partecipazioni pubbliche nell'ottica del contenimento della spesa degli enti territoriali e, dall'altro lato, a reprimere la modalità organizzativa dell'*in house providing* al fine di promuovere la concorrenza, hanno incontrato numerosi ostacoli, tra cui meritano di essere menzionati, per la loro importanza, il referendum popolare del 12-13 giugno 2011 e le due sentenze della Corte Costituzionale<sup>57</sup>, che, in sostanza, ne hanno precluso l'applicazione.

Un cenno a parte meritano le disposizioni relative alla composizione degli organi societari e al relativo regime di responsabilità, che, pur essendo, di volta in volta, ascrivibili ad interventi normativi finalizzati al perseguimento di obiettivi contingenti<sup>58</sup>, risultano, in ultima analisi, finalizzate a delineare tratti di specialità delle società a partecipazione pubblica, con la conseguenza che hanno incontrato un fato diverso, più favorevole, rispetto a quello riservato alle altre disposizioni, contenute nei medesimi interventi legislativi, di cui si è detto sopra. Su queste, nonché su quelle relative all'assoggettamento delle società controllate al patto di stabilità<sup>59</sup> e ai principi e

<sup>56</sup> Ci si riferisce alle sopra citate pronunce della C. cost. n. 326/2008 e n. 148/2009, aventi rispettivamente ad oggetto l'art. 13 del decreto "Bersani" e l'art. 3, c. 27 ss., l.f. 2008.

<sup>57</sup> Ci si riferisce, ovviamente, alle citate sentenze della C. cost. n. 199/2012 e n. 229/2013.

<sup>58</sup> Basti pensare quelle introdotte dall'art. 4, d.l. n. 95/2012, di cui si è detto in precedenza.

<sup>59</sup> In proposito, prima delle importanti innovazioni, da ultimo, introdotte dalla legge di stabilità per il 2014 (di cui si dirà a breve), venivano in rilievo l'art. 18, c. 2-*bis*, del d.l. n. 112/2008, che disponeva l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della Pubblica Amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, secondo le modalità da definire «con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza Unificata di cui all'art. 8, d.lgs. n. 281/1997 e s.m.i., da emanare entro il 30 settembre 2009», e l'art. 3-*bis*, c. 5, che ribadiva l'applicabilità del patto di stabilità alle società affidatarie *in house* rinviando, per la concreta implementazione di detta regola, ai contenuti del decreto ministeriale indicato dal predetto art. 18. Con la sentenza n. 46/2013, la Corte Costituzionale ha affermato la piena legittimità della scelta del legislatore di sottoporre al patto di stabilità le società controllate (e, in particolare, tra le queste, le *in house*). Senonché, il decreto di attuazione dell'art. 18 del d.l. n. 112/2008 non è mai stato emanato e, di conseguenza, si è posto il problema dell'individuazione delle modalità di applicazione. Questo clima di incertezza ha, in ultima analisi, determinato la sostanziale disapplicazione della re-

ai vincoli in tema di assunzioni e di personale<sup>60</sup>, si tornerà, comunque, nel prosieguo.

## 2. La progressiva erosione della potestà legislativa delle Regioni

È appena il caso di evidenziare che i continui ripensamenti del legislatore nazionale e il conseguente susseguirsi di interventi normativi, in un uno con le subitanee abrogazioni determinate dal *referendum* e dagli arresti della Corte Costituzionale, hanno finito col delineare un quadro normativo estremamente variegato e complesso, che certamente non contribuisce a creare le condizioni per un'efficiente amministrazione delle partecipazioni societarie detenute dagli enti regionali. In questo contesto, la principale difficoltà incontrata dalle Regioni, nella loro qualità di enti titolari delle partecipazioni societarie, consiste proprio nell'individuare la direttrice da seguire nel percorso di razionalizzazione – la cui necessità è sempre più impellente, non solo per correggere le inefficienze del sistema (che pure esistono e, in taluni casi, sono anche particolarmente evidenti<sup>61</sup>), ma anche e soprattutto per adeguarsi ai recenti tagli delle risorse – della congerie delle proprie partecipazioni societarie, considerato il clima di profonda incertezza che caratterizza l'assetto normativo vigente, anche alla luce dei frequenti contrasti normativi e, soprattutto, delle brusche interruzioni dell'*iter* applicativo delle disposizioni dettate dal legislatore statale.

gola suddetta, sul presupposto che «l'art. 18 c. 2-*bis*, l. n. 133/2008 condiziona l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società ivi citate alla definizione delle modalità e della relativa modulistica. Conseguentemente, non può farsi derivare dalle predette norme l'obbligo attuale, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un'analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell'ente locale (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, n. 14/2010; cfr., altresì, sez. reg. contr. Sardegna n. 24/2010; Corte dei Conti, SS.RR. in sede di controllo del. n. 28/2011)» (cfr. C. conti, sez. reg. controllo, Lombardia, parere 19 gennaio 2012, n 7).

<sup>60</sup> Al riguardo, è importante ricordare che l'art. 18, c. 2, d.l. n. 112/2008 ha innovativamente introdotto la regola *de minimis* secondo cui le società a partecipazione pubblica totale o di controllo sono tenute ad adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Misure più stringenti sono, poi, state previste, con specifico riferimento alle società *in house*, dall'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011.

<sup>61</sup> In questo senso, vengono in rilievo, ad esempio, i dati allarmanti emersi recentemente relativamente ai bilanci delle società partecipate dalla Regione Lazio.

## la disciplina delle società regionali

Ma questa non è certamente l'unica (né, tantomeno, la più importante) difficoltà, che gli enti regionali si trovano a fronteggiare. Invero, la posizione delle Regioni è decisamente più complicata di quella delle altre Amministrazioni periferiche, in quanto esse, in qualità di soggetti costituzionalmente dotati di potestà legislativa, sono parte di un virulento conflitto istituzionale con lo Stato, di cui la Corte Costituzionale è arbitro, avente ad oggetto la spartizione dei relativi ambiti di autonomia legislativa e, in particolare, la definizione dei confini della potestà delle Regioni nella regolazione della disciplina delle loro società (e di quelle degli enti locali, anche se, in quest'ultimo caso, il contrasto si è già definitivamente risolto in senso favorevole per lo Stato<sup>62</sup>), che perdura ormai da oltre un decennio (ossia, dalla riforma del Titolo V della Costituzione) e si è, persino, acuito a seguito gli interventi normativi statali più recenti.

Il fattore di destabilizzazione dell'assetto delineato dalla Costituzione è costituito dalla progressiva, incessante espansione del principio di concorrenza, che ha indotto il legislatore statale, forte della riconosciuta<sup>63</sup> trasver-

<sup>62</sup> Invero, le Regioni, talvolta si sono fatte portavoci delle istanze degli enti locali, impugnando (secondo le modalità indicate dall'art. 9, c. 2, l. n. 131/2003), anche per conto di questi ultimi, le norme di riforma dettate dal legislatore nazionale e, altresì, reclamando il riconoscimento della propria potestà legislativa, in luogo di quella statale, relativamente alla disciplina delle società partecipate dagli enti locali (in particolare, con riferimento alle società operanti nel settore dei servizi pubblici locali, se non altro sul presupposto che, secondo la Corte costituzionale, «la competenza in materia di servizi pubblici locali resta una competenza regionale, la quale risulta in un certo senso limitata dalla competenza statale suddetta, ma può continuare ad essere esercitata negli altri settori, nonché in quello dei servizi fondamentali, purchè non sia in contrasto con quanto stabilito dalle leggi statali» (cfr. sent. n. 307/2009). Senonché, il giudice delle leggi, nell'affrontare la specifica problematica della disciplina generale (riferita, quindi, a tutti i settori di attività, ivi compresi, quindi, anche i servizi pubblici locali) delle società partecipate dagli enti locali, ha lapidariamente affermato che «spetta al legislatore statale (...) disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali (art. 117, secondo comma, lett. p), Cost.)» (cfr. sent. n. 159/2008). Più di recente, nell'esaminare la questione della legittimità costituzionale del cit. art. 4, d.l. n. 95/2012, ha, inoltre, ribadito che «posto che le società controllate sulle quali incide la normativa impugnata svolgono attività strumentali alle finalità istituzionali delle Amministrazioni degli enti locali, strettamente connesse con le previsioni contenute nel testo unico degli enti locali, legittimamente su di esse è intervenuto il legislatore statale» (cfr. sent. n. 229/2013).

<sup>63</sup> In base al consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, la tutela della concorrenza, così come l'ordinamento civile, è un titolo che legittima l'intervento del legislatore statale sia come "titolo pieno", nei casi in cui sia chiara la prevalenza della attribuzione statale su quella regionale eventualmente intrecciata, sia come "materia trasversale", che incide sulle attribuzioni regionali, attraverso la fissazione dei principi e dei criteri di coordinamento, finalizzati ad assicurare l'interesse unitario. E ciò, in quanto «l'uniformità rappresenta un valore in sé, perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare di-

salità del proprio titolo di competenza legislativa, a cui consegue inevitabilmente la supremazia nei confronti di qualsivoglia materia residuale regionale, ad invadere prepotentemente gli spazi di autonomia che, a maggior ragione dopo la riforma costituzionale del 2001, sembravano dover essere riservati alle Regioni. E ciò, in quanto a seguito dei processi di privatizzazione formale che hanno determinato la diffusione del modello organizzativo della società a partecipazione pubblica in svariati settori di attività, che spaziano dall'attività amministrativa in senso stretto (e dei relativi compiti a supporto) alla gestione delle attività economiche (come, in particolare, i servizi strumentali e i servizi di interesse generale), i valori della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile hanno assunto rilievo centrale nella definizione dello statuto speciale di dette società, a discapito delle materie, pure rilevanti in ragione del settore di attività in cui dette società sono chiamate ad operare, ascrivibili alla potestà legislativa regionale.

In questo contesto sono maturate le due importanti decisioni della Corte Costituzionale (sent. nn. 199/2012 e 229/2013) che, oltre a rappresentare – come si è già avuto modo di rilevare in precedenza – una significativa battuta di arresto per i percorsi di riforma delineati dal legislatore statale, parrebbero, almeno in via di prima approssimazione, dimostrare un'importante inversione di tendenza nell'approccio, da parte del Giudice delle leggi, alla questione del riconoscimento dell'autonomia legislativa delle Regioni nel disciplinare l'attività delle proprie società.

Senonché, come attenta dottrina ha già avuto modo di osservare<sup>64</sup>, la ragione della ravvisata illegittimità costituzionale delle disposizioni statali impugnate non è affatto rinvenibile nella prospettata invasione dell'ambito di autonomia costituzionalmente riservato al legislatore regionale, bensì deve essere più propriamente ricondotta all'emersione di vizi eteronomi ed ulteriori (rispetto a quelli prospettati dalle ricorrenti) dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012, determinati, nel primo caso, dalla

slivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali. La tutela della concorrenza non può essere fatta per zone: essa, per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali che finirebbero per limitare, o addirittura, neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia» (cfr. C. cost. n. 283/2009).

<sup>64</sup> Ci si riferisce, ancora una volta, a M. Dugato, op. ult. cit. e, in particolare, alle conclusioni tratte dall'Autore, con riferimento alla circostanza che le sentenze in parola testimoniano «la definizione di un nuovo assetto istituzionale, in cui i protagonisti non sono lo Stato e le Regioni, ma lo Stato e la Corte. Quest'ultimo riconosce al primo una potestà legislativa assolutamente generale, i cui confini sono rappresentati non dalla competenza regionale ma dalla logicità intrinseca e dalla efficacia delle norme (...). Le Regioni, in un quadro di tal fatta, beneficiano della sentenza abrogativa soltanto in via diretta ed occasionalmente».

## la disciplina delle società regionali

violazione degli esiti referendari e, nel secondo caso, dall'incongruità ed illogicità delle misure introdotte rispetto al fine delineato dalla norma (e, solo secondariamente, dal travalicamento dei limiti della competenza legislativa del legislatore statale in materia di coordinamento della finanza pubblica<sup>65</sup>).

Nell'assetto ordinamentale – i cui capisaldi non sono stati, a ben vedere, affatto smentiti, ma semmai confermati, anche in occasione delle isolate, recenti pronunce di accoglimento delle censure di incostituzionalità avanzate dalle Regioni nei confronti delle disposizioni statali – l'autonomia delle Regioni a statuto ordinario incontra il limite insuperabile dell'esercizio della potestà legislativa statale nelle materie della tutela della concorrenza<sup>66</sup> e dell'ordinamento civile<sup>67</sup>, nonché dei principi, sempre di matrice statale, relativi al coordinamento della finanza pubblica.

L'ampiezza “a geometria variabile” delle materie riservate al legislatore statale, così come tratteggiata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>68</sup>, determina l'impossibilità, per le Regioni, di individuare a priori i confini della propria potestà legislativa, dal momento che, ferma restando ovviamente l'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario e statale (segnatamente, nelle materie di competenza esclusiva di quest'ultimo), l'autonomia regionale finisce con l'essere compressa (ovvero, al contrario, con l'espandersi) in conseguenza delle scelte del legislatore statale, dovendosi necessariamente inserire negli spazi lasciati privi di regolazione dal legislatore statale.

Sia pure con tutte le riserve del caso, che derivano in particolare dal differente assetto che caratterizzava tradizionalmente il riparto della compe-

<sup>65</sup> Dopo aver rilevato l'illogicità e l'incongruenza, ma anche la contraddittorietà, delle misure previste dall'art. 4, d.l. n. 95/2012, in relazione alle finalità perseguite (tutela della concorrenza), la Corte costituzionale ha sottolineato che «l'impugnato art. 4 si inserisce fra le disposizioni (...) con le quali il legislatore statale ha inteso “razionalizzare la spesa pubblica”. È quindi indiscutibile che la disciplina impugnata obbedisce anche alla finalità del contenimento della spesa pubblica», ed ha concluso nel senso di ritenere illegittime le disposizioni medesime, in quanto, lungi dal costituire principi, «delineano, invece, una disciplina puntuale e dettagliata che vincola totalmente anche le Amministrazioni regionali, senza lasciare alcun margine di adeguamento (...) con conseguente lesione dell'autonomia organizzativa della Regione, nonché della competenza regionale concorrente».

<sup>66</sup> In proposito, si richiama la cit. sent. n. 325/2010 della Corte Costituzionale e, prima ancora, la nota sent. n. 272/2004.

<sup>67</sup> Si veda, fra le altre, la fondamentale sent. n. 441/1994 della Corte Costituzionale.

<sup>68</sup> Per un inquadramento del tema, si veda: E. Rolando, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni nella “materia trasversale” della tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 4.

tenza legislativa con riferimento alle materie in questione<sup>69</sup>, si potrebbe azzardare un confronto, quantomeno sotto il profilo della comune tendenza all'erosione della sfera di autonomia riconosciuta alla legislazione regionale, tra la recente evoluzione dell'assetto delle competenze relative alla disciplina delle società regionali e quella che ha condotto al riconoscimento, in capo al legislatore statale, di una competenza pressochè esclusiva in materia di contratti pubblici, residuando, di converso, "in capo alle Regioni ambiti di disciplina legislativa e/o regolamentare del tutto marginali, che attengono a profili di organizzazione amministrativa"<sup>70</sup>.

Il paragone potrebbe risultare iperbolico e, per certi versi, azzardato, se si considera che le società a partecipazione regionale sono, pur sempre strumenti privatistici di azione, che le Regioni utilizzano per svolgere attività che rientrano, a pieno titolo, nella loro competenza, non fosse che il legislatore statale, facendo leva sulla estensibilità pressoché illimitata delle materie trasversali, si è spinto, con i propri recenti interventi normativi, tra cui spicca sicuramente proprio il cit. art. 4 del d.l. n. 95/2012, fino a dettare misure suscettibili di incidere profondamente sulle scelte organizzative delle Amministrazioni regionali, in modo sostanzialmente analogo a quanto già avvenuto, in passato, con riferimento agli enti locali<sup>71</sup>.

### **3. Le innovazioni introdotte dalla legge di stabilità 2014**

Questo, il contesto in cui è intervenuta l'approvazione della legge di stabilità 2014<sup>72</sup>, che ha introdotto rilevanti novità per le società partecipate dagli enti territoriali ed ha, altresì, operato una significativa revisione della precedente disciplina<sup>73</sup> nell'ottica della semplificazione del quadro norma-

<sup>69</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla circostanza che, mentre la materia dei servizi pubblici locali era tradizionalmente ricompresa tra quelle di competenza regionale, quella dei contratti pubblici rientrava tra quelle affidate alla potestà legislativa dello Stato, anche se, a seguito della riforma del Titolo V Cost., sembrava potesse essere riconosciuto un ruolo alle Regioni rispetto a tale ultima materia. Così, mentre la prima è stata considerevolmente ridimensionata a fronte del progressivo espandersi della disciplina degli affidamenti (tutela della concorrenza) e dell'organizzazione/funzionamento dei soggetti societari (ordinamento civile) di pertinenza del legislatore statale, la seconda non ha trovato l'auspicato riconoscimento.

<sup>70</sup> Questo, il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, espresso, fra le altre, da: C. cost. nn. 401/2007, 160/2009 e 45/2010.

<sup>71</sup> Basti pensare al divieto, per i Comuni minori, di costituire nuove società, di cui l'art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010.

<sup>72</sup> L. 23 dicembre 2013, n. 147; si veda, in particolare, l'art. 1, c. 550-569.

<sup>73</sup> Per un primo inquadramento delle disposizioni della legge di stabilità 2014, si se-

## la disciplina delle società regionali

tivo esistente, senza tuttavia, ancora una volta, configurarsi come una vera e propria riforma organica della materia.

Occorre, innanzitutto, ricordare che, come si è avuto modo di anticipare, sono stati definitivamente abrogati i limiti alla detenzioni di partecipazioni e alla costituzione di nuove società imposti dal cit. art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010, nonché le misure in materia di dismissione delle società strumentali di cui al più volte cit. art. 4 della *spending review* (ad eccezione delle disposizioni relative alla composizione degli organi societari), in tal modo ponendo fine all'ingiustificata disparità di trattamento che si era venuta a creare a seguito della sentenza n. 229/2013, con cui la Corte costituzionale, pur ravvisando l'illegittimità costituzionale di dette disposizioni rispetto alle società regionali, aveva confermato l'applicabilità delle stesse alle società degli enti locali.

È interessante notare che entrambe le disposizioni travolte dalla legge finanziaria risultavano principalmente finalizzate a contenere la spesa pubblica attraverso la dismissione delle società. Il che induce ovviamente a pensare che il legislatore statale abbia inteso superare la presunzione, su cui, a ben vedere, si fondavano le disposizioni abrogate, dell'eccessiva onerosità, o meglio, dell'antieconomicità dell'utilizzo dello strumento societario, anche se, considerato l'imprevedibile ed ondivago orientamento seguito negli ultimi anni, è meglio evitare di trarre conclusioni che, pur avvalorate dalla disamina delle nuove misure di cui si dirà a breve, potrebbero, allo stato, rivelarsi affrettate.

Quello che è certo è che la legge di stabilità 2014 ha previsto una serie di rilevanti innovazioni che, dovrebbero, auspicabilmente, esortare le Amministrazioni a razionalizzare l'assetto delle relative partecipazioni societarie, anche al di là di quanto strettamente previsto dalle recentissime disposizioni.

Come di consueto, anche le recenti disposizioni della legge di stabilità 2014 non sono esenti da criticità interpretative che, invero, si incontrano già, in sede definizione del relativo ambito di applicazione soggettivo, nell'individuare gli enti territoriali tenuti ad applicare le misure *ivi* previste. E ciò, in quanto il c. 550 dell'unico articolo della legge di stabilità fa riferimento alle «Pubbliche Amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'art. 1, c. 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196»<sup>74</sup>, ingenerando, in tal modo, il dubbio

gnala il contributo di M. Pani e C. Sanna, *Le società pubbliche e le novità introdotte dalla legge di stabilità 2014*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 1/2014.

<sup>74</sup> Ossia all'elenco, avente natura meramente ricognitiva (e non costitutiva), delle Pubbliche Amministrazioni che l'ISTAT pubblica con cadenza annuale sulla G.U. È appena il caso di notare che, ancora una volta, nonostante le pressioni esercitate, in tal senso, dalle Re-

che l'applicabilità delle disposizioni che seguono debba ritenersi limitata a Comuni, Province e forme associative degli enti locali, risultandone, di converso, escluse le Regioni.

Senonché, a ben vedere, nell'accezione fatta propria dal suddetto elenco, la categoria delle Amministrazioni locali si contrappone a quella delle Amministrazioni centrali e comprende tutti gli enti territoriali, e quindi, oltre agli enti locali sopra menzionati, anche le Regioni a statuto ordinario, nonché quelle a statuto speciale.

È interessante notare che la disposizione, in linea di discontinuità con il passato<sup>75</sup>, detta una disciplina comune, applicabile ad aziende speciali e istituzioni<sup>76</sup>, che riguarda tutte le società partecipate dalle suddette Amministrazioni, sia *in house* che miste, indipendentemente dal settore di attività in cui esse operano, con le sole limitate eccezioni espressamente indicate dalla norma<sup>77</sup>, tra cui meritano di essere menzionate (anche se la loro esclusione non stupisce) le società quotate e le loro controllate.

Come si è sopra anticipato, le disposizioni contenute nei c. 551-554 sembrano confermare l'avvenuto superamento, da parte del legislatore statale, di quell'atteggiamento di (immotivato) pregiudizio nei confronti delle società a partecipazione pubblica, che ha caratterizzato gli ultimi interventi normativi in materia di società pubbliche, in quanto delineano un criterio, più logico e ragionevole (e ciò, anche alla luce dell'obiettivo del contenimento della spesa pubblica, che emerge tra le righe nella maggior parte delle disposizioni dettate dalla legge di stabilità 2014), che si focalizza sugli effettivi risultati di bilancio conseguiti dalle società pubbliche e a questi correla l'eventuale applicazione di misure *latu sensu* sanzionatorie.

In primo luogo, è stato introdotto l'obbligo, per gli enti territoriali che detengono partecipazioni in società che presentano un risultato di esercizio<sup>78</sup> o un saldo finanziario negativo, di accantonare «nell'anno successivo in

gioni e dalle altre autonomie, le misure di riforma da ultimo introdotte non si applicano alle società statali.

<sup>75</sup> Dall'esame delle disposizioni sopra menzionate si evince che il legislatore statale, presumibilmente in considerazione della loro natura formalmente privata, era solito considerare partitamente le società a partecipazione pubblica, dettando una disciplina specifica nei loro riguardi, differenziata rispetto a quella prevista per gli altri enti strumentali (come aziende speciali e istituzioni).

<sup>76</sup> A ciò si correla, peraltro, la contestuale abrogazione dell'art. 9, d.l. n. 95/2012.

<sup>77</sup> Ci si riferisce alla precisazione, contenuta nel medesimo art. 1, c. 550, della cit. l. n. 147/2013, secondo cui (dal relativo ambito di applicazione) «sono esclusi gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 del testo unico di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, nonché le società emittenti strumenti finanziari quotati e le loro controllate».

<sup>78</sup> La disposizione chiarisce che «limitatamente alle società che svolgono servizi pub-



## la disciplina delle società regionali

apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione»<sup>79</sup>, fermo restando che l'importo accantonato verrà reso disponibile, sempre in misura proporzionale alla quota di partecipazione, nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino, in tutto o in parte, le perdite conseguite negli esercizi precedenti, nonché qualora l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato venga posto in liquidazione.

Per temperare l'impatto delle nuove regole, è previsto che, in sede di prima applicazione (triennio 2015, 2016 e 2017), si segua una disciplina speciale (parzialmente derogatoria rispetto a quella generale, di cui si è detto poc'anzi), improntata ad una logica incrementale dell'accantonamento<sup>80</sup>.

La finalità di tali disposizioni, evidentemente suggerita dalla presunzione (invero, desunta dalla prassi, non essendo rinvenibile alcun obbligo di questo tipo nella disciplina civilistica delle società di capitali) secondo cui gli enti titolari delle partecipazioni finirebbero, nella maggior parte, col coprire i disavanzi registrati dalle proprie società, pare essere quella di responsabilizzare tempestivamente gli enti proprietari, imponendo loro il previo (e progressivo) accantonamento delle somme occorrenti per ripianare le perdite delle partecipate, a cui si aggiunge, altresì, l'obiettivo di preservare la funzionalità dei servizi e delle attività svolte dalle società partecipate<sup>81</sup>.

A *latere* di tale sistema, sono previste anche misure sanzionatorie in senso stretto.

La prima si applica agli organi di amministrazione delle società «a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle Pubbliche Amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'ottanta per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico ne-

blici a rete di rilevanza economica, compresa la gestione dei rifiuti, per risultato si intende la differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell'art. 2425 c.c.».

<sup>79</sup> Cfr. art. 1, c. 551, della cit. le. n. 147/2013.

<sup>80</sup> Vengono, in particolare, in rilievo due distinte ipotesi. Nel caso in cui le società partecipate abbiano conseguito un risultato medio negativo nel triennio 2011-2013, l'accantonamento è parametrato alla differenza tra il risultato conseguito nell'esercizio precedente e il risultato medio conseguito in detto triennio; l'importo così ottenuto è aumentato del 25 per cento per il 2014, del 50 per cento per il 2015 e del 75 per cento per il 2016. Se, invece, il risultato medio nel triennio 2011-2013 non è negativo, ma si verifica un risultato negativo di esercizio nel 2014 ovvero successivamente, l'accantonamento dovrà corrispondere ad una somma pari al 25 per cento per il 2015, al 50 per cento per il 2016 e al 75 per cento per il 2017, del risultato negativo conseguito nell'esercizio precedente.

<sup>81</sup> Quest'ultimo aspetto è messo in evidenza da: M. Pani e C. Sanna, op. cit.

gativo»<sup>82</sup>, eccetto qualora il risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento approvato dall'ente controllante, e consiste, segnatamente, nella riduzione del trenta per cento dei compensi dei relativi organi di amministrazione. È, altresì, previsto che il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi vale a concretare un'ipotesi di giusta causa ai fini della revoca degli amministratori.

Inoltre, è previsto che, a decorrere dal 2017, in caso di risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, le medesime società di cui si è detto poc'anzi, ad esclusione di quelle che gestiscono servizi pubblici locali, vengano messe in liquidazione entro sei mesi dalla data di approvazione del bilancio o del rendiconto relativo all'ultimo esercizio. A chiusura del sistema, per evitare che possano concretizzarsi forme di inerzia elusiva, invero assolutamente frequenti nella prassi applicativa delle precedenti disposizioni impositive dell'obbligo di scioglimento societario, la norma dispone, in caso di mancato avvio della procedura di liquidazione entro i termini prescritti, la nullità dei successivi atti di gestione e la responsabilità erariale dei soci relativamente all'adozione di tali atti.

Un secondo gruppo di disposizioni contenute concerne, invece, le regole in materia di assoggettamento al patto di stabilità, assunzioni, personale delle società partecipate.

In particolare, il c. 553 della cit. legge n. 147/2013 detta una nuova disciplina, destinata a superare le criticità applicative incontrate dal cit. art. 18, c. 2-*bis*, d.l. n. 112/2008<sup>83</sup>, in base alla quale risultano assoggettate al patto di stabilità le società a partecipazione di maggioranza, diretta ed indiretta, delle Amministrazioni territoriali, prevedendo, in particolare, che esse concorrano «alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità ed efficienza»<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Cfr. *ivi*, c. 554. A ben vedere, la formulazione è tale da ricomprendere tutte le società *in house*, ma potrebbe riguardare anche altri soggetti societari che, pur privi di tale natura, abbiano, in ipotesi, potuto beneficiare, in passato, di affidamenti diretti (sempre ammesso che questi rappresentino l'ottanta per cento del valore della loro produzione).

<sup>83</sup> Come si è già avuto modo di rilevare, le principali criticità riguardavano l'individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo della norma. Inoltre, nonostante la portata immediatamente cogente del principio espresso dalla medesima, l'effettiva implementazione dello stesso avrebbe richiesto la previa emanazione dei decreti attuativi che, però, non sono mai stati approvati.

<sup>84</sup> La disposizione di cui al cit. c. 553 precisa, altresì, che «per i servizi pubblici locali sono individuati parametri standard dei costi e dei rendimenti costruiti nell'ambito della banca dati delle Amministrazioni Pubbliche, di cui all'art. 13, l. 31 dicembre 2009, n. 196, utilizzando le informazioni disponibili presso le Amministrazioni Pubbliche. Per i servizi strutturali i parametri standard di riferimento sono costituiti dai prezzi di mercato».

## la disciplina delle società regionali

Nella medesima prospettiva, il successivo c. 557 (nel sostituire il suddetto art. 18, c. 2-*bis*, d.l. n. 112/2008) dispone l'applicabilità dei divieti e delle limitazioni alle assunzioni di personale previsti per le Amministrazioni Pubbliche controllanti, nonché delle ulteriori misure di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, nei confronti delle «società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della Pubblica Amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica», ad eccezione di quelle che gestiscono servizi pubblici locali<sup>85</sup>.

Un cenno a parte meritano, poi, le disposizioni contenute nei c. 563-568, con cui il legislatore ha introdotto innovative forme di mobilità di personale tra società controllate, direttamente o indirettamente, da Pubbliche Amministrazioni<sup>86</sup>, al fine di mettere gli enti controllanti nelle condizioni di procedere alla riorganizzazione delle funzioni e dei servizi esternalizzati, nonché alla razionalizzazione delle spese e al risanamento economico-finanziario delle società.

In particolare, le società controllate, che rilevino eccedenze di personale in relazione alle proprie esigenze funzionali<sup>87</sup>, sulla base di appositi accordi tra di loro, possono realizzare processi di mobilità di personale, senza necessità del consenso dei lavoratori, anche al di fuori dell'ipotesi del trasferimento/conferimento di attività prevista dall'art. 31, d.lgs. n. 165/2001, «previa informativa alle rappresentanze sindacali operanti presso la società e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato, in coerenza con il rispettivo ordinamento professionale e senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica».

Da ultimo, viene in rilievo la disposizione di cui al c. 569 che dispone la proroga di quattro mesi, decorrente dalla data di entrata in vigore della cit. legge di stabilità 2014, del termine di conclusione del procedimento di rior-

<sup>85</sup> Infatti, «per queste società, l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo stabilisce modalità e applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, che verranno adottate con propri provvedimenti».

<sup>86</sup> Invero, dette disposizioni si applicano a tutte le società controllate da Pubbliche Amministrazioni (e, quindi, anche alle società statali) ovvero da loro enti strumentali, ad eccezione delle società quotate e delle loro controllate. La mobilità non può, comunque, tra società e Pubbliche Amministrazioni.

<sup>87</sup> Esigenze che risultano, ovviamente, strettamente correlate alle scelte adottate dai relativi enti controllanti.

dino delle partecipazioni societarie detenute dalle Pubbliche Amministrazioni, di cui alla legge finanziaria per il 2008. Ebbene, considerato che il termine suddetto è già ampiamente scaduto<sup>88</sup>, pare che la norma, più che introdurre una proroga in senso stretto, risulti finalizzata a rimettere in termini gli enti che hanno omesso di dismettere, tramite procedure ad evidenza pubblica, le proprie partecipazioni «non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali»; e ciò, evidentemente sul presupposto che il procedimento di riordino imposto dalla legge finanziaria per il 2008, in concreto, non ha raggiunto gli obiettivi auspicati, avendo trovato effettiva applicazione soltanto in un numero limitato di casi, a causa della ritrosia delle Amministrazioni a cedere le relative partecipazioni.

A corollario della riapertura dei termini per l'alienazione delle partecipazioni societarie, il cit. c. 569 dispone, in caso di inosservanza dell'obbligo di dismissione delle partecipazioni vietate, la cessazione automatica della partecipazione, con conseguente insorgenza dell'obbligo, in capo alla società, di liquidare in denaro il valore della quota del socio pubblico cessato, in base ai criteri civilistici applicabili in caso di recesso (art. 2437-ter, c. 2, c.c.).

La previsione di una sanzione così grave, pur rappresentando un forte deterrente rispetto al perseverare delle surrettizie elusioni dell'obbligo sancito dai commi 27 e segg. della legge finanziaria per il 2008 registratesi in sede di prima applicazione della norma, non pare, tuttavia, elemento decisivo ai fini dell'effettiva dismissione delle partecipazioni non più consentite, in quanto, come si è già avuto modo di rilevare, la formulazione delle disposizioni che regolano il procedimento di riordino, rimasta peraltro inalterata anche a seguito dell'approvazione della legge di stabilità 2014, consente una pluralità di aggiramenti "leciti", che non costituiscono neppure elusioni in senso proprio. Inoltre, non si può fare a meno di notare che, dal tenore letterale della disposizione *de qua* non è dato comprendere in che modo debba essere attivato il meccanismo sanzionatorio che conduce all'automatica liquidazione della partecipazione non ceduta, con la conseguenza che, in mancanza delle necessarie precisazioni, lo stesso potrebbe finire con l'assumere rilevanza solo in un secondo momento, sotto il profilo della responsabilità erariale dei responsabili delle Amministrazioni titolari delle partecipazioni "vietate" non cedute entro i termini.

<sup>88</sup> Il termine di trentasei mesi previsto dall'art. 3, c. 29, l. n. 244/2007 per la cessione, tramite procedure ad evidenza pubblica, delle partecipazioni vietate è scaduto a gennaio 2011.

### 4. Conclusioni

Esaurita l'analisi dei tratti essenziali del quadro normativo, attualmente vigente, in materia di società a partecipazione regionale, occorre ora procedere ad alcune considerazioni di sintesi.

La prima, che emerge spontanea, riguarda l'oggettiva difficoltà di individuare una direttrice costante nel percorso di riforma e razionalizzazione delineato dal legislatore nell'ultimo quinquennio. A dire il vero, non è nemmeno dato rinvenire un vero e proprio percorso, quanto piuttosto una serie di interventi normativi privi di un reale coordinamento, temporalmente ravvicinati ma estremamente distanti sotto il profilo delle finalità perseguite, nonché degli strumenti utilizzati per perseguirle, al punto tale da risultare talvolta in contraddizione gli uni con gli altri.

La sensazione è che la maggior parte degli interventi legislativi sopra analizzati, al di là di alcune sporadiche eccezioni, prendano le mosse dall'esigenza contingente, principalmente dettata da ragioni di complessivo contenimento della spesa pubblica, di correggere fenomeni patologici di disconomie e sprechi provocati da un uso poco accorto, o addirittura distorto, dello strumento delle partecipazioni societarie, senza che, tuttavia, il legislatore sia mai riuscito a delineare un meccanismo oggettivo di individuazione di detti fenomeni, atto a circoscrivere l'applicazione delle misure correttive ai soli casi in cui l'intervento esterno del legislatore sulle scelte organizzative delle Amministrazioni risulti effettivamente necessario.

A ben vedere, l'atteggiamento del legislatore è forse<sup>89</sup>, da ultimo, mutato, a seguito dell'approvazione della legge di stabilità 2014, che, come si è avuto modo di evidenziare, ha innovativamente introdotto un criterio "meritocratico" che esime gli enti che utilizzano le società in modo "virtuoso" dall'implementare i rigidi vincoli previsti per le società sistematicamente in perdita.

Al di là della circostanza che le misure dettate dal legislatore statale risultano, ancora una volta, oltremodo dettagliate, tenuto conto della loro riconducibilità nella materia (di competenza concorrente) del coordinamento della finanza pubblica, con la conseguenza che le medesime potrebbero essere tacciate di illegittimità costituzionale per aver illegittimamente com-

<sup>89</sup> Salvi, in ogni caso, eventuali futuri ripensamenti che potrebbero, in particolare, riguardare l'incentivazione della dismissione delle partecipazioni pubbliche. Ci si riferisce segnatamente alla bozza del cd. decreto "sblocca Italia" in corso di elaborazione, che, stando a quanto è trapelato, potrebbe contenere misure di incentivazione finalizzate alla dismissione delle quote delle società a partecipazione pubblica, quotate in borsa, titolari di affidamenti di servizi pubblici locali.

presso lo spazio di autonomia costituzionalmente riservato alle Regioni, ciò che rileva è il fatto che, in questa occasione, diversamente dai precedenti recenti (tra cui, in particolare, proprio l'art. 4, d.l. n. 95/2012), le disposizioni in parola non colpiscono indistintamente tutte le società a partecipazione regionale (a prescindere dalla loro natura) operanti in un determinato settore, ma finalmente introducono una misura correttiva calibrata in ragione del fenomeno (patologico) che il legislatore si propone di arginare.

Invero, la critica principale che si può muovere al legislatore statale è proprio quella di aver troppo spesso confuso il livello di intervento, sovrapponendo misure finalizzate al contenimento della spesa e alla riduzione degli sprechi a quelle relative all'organizzazione interna e all'attività delle partecipate, come se anche le prime, al pari delle seconde, potessero entrare a far parte dello statuto speciale delle società pubbliche.

Lo statuto speciale delle società pubbliche dovrebbe, invece, essere, più propriamente, costituito dalle (sole) norme, dettate in materia di ordinamento civile e tutela della concorrenza, che introducono previsioni derogatorie rispetto al modello civilistico della società privata, caratterizzando le società partecipate in ragione della loro natura.

In tale prospettiva, vengono in rilievo, da un lato, le disposizioni che disciplinano gli organi, le assunzioni, il personale, l'assoggettamento al patto di stabilità, le forme speciali di controllo, nonché gli ulteriori aspetti comunque connessi all'organizzazione interna delle società partecipate, e, dall'altro lato, quelle attinenti all'attività, agli eventuali limiti funzionali e territoriali di operatività e ai vincoli di scopo.

Chiaramente, il contenuto di tali disposizioni dovrebbe essere differenziato in ragione della natura e della tipologia di società a cui sono destinate ad applicarsi, in modo tale da salvaguardare, ed anzi, valorizzare la differenza ontologica, evidenziata dal diritto europeo, tra società *in house* (strumenti di produzione diretta da parte delle Amministrazioni) e società miste (forme di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato).

Il legislatore statale – alla luce dell'ampia discrezionalità concessa dall'ordinamento UE agli Stati membri nel regolare i vari istituti inerenti ai soggetti societari a partecipazione pubblica<sup>90</sup>, nonché in considerazione della sua competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile – ben potrebbe intervenire dettando una disciplina applicabile, in via generalizzata, a tutte le società pubbliche, comprese quelle regionali, che valga a

<sup>90</sup> Infatti, l'ordinamento comunitario si limita ad indicare i capisaldi che caratterizzano l'uno e l'altro tipo di società a partecipazione pubblica, rinviando, per il resto, alla legislazione di ciascuno Stato membro.

## la disciplina delle società regionali

definire, nel dettaglio, le peculiari caratteristiche organizzative, che le società partecipate debbono assumere in ragione della loro natura *in house* o mista, in tal modo creando finalmente le condizioni per raggiungere un certo grado di stabilità nel sistema.

Del pari, sarebbe auspicabile l'individuazione, in via normativa, di limiti ben definiti rispetto all'ambito di operatività, sia funzionale che territoriale, consentito alle società partecipate, nell'ottica della salvaguardia del mercato e ad evitare che lo stretto collegamento tra dette società e gli enti territoriali di riferimento possa, in qualche modo, alterare gli equilibri concorrenziali. Questo presupporrebbe, peraltro, un chiarimento definitivo, da parte dal legislatore, in ordine alla controversa facoltà, per gli enti pubblici in generale e per le Regioni in particolare, di detenere, direttamente o indirettamente, partecipazioni in società costituite per svolgere attività d'impresa in regime di concorrenza con gli operatori privati, in assenza di una disposizione di legge che espressamente lo consenta. In proposito, sia consentito ricordare che – mentre in base all'impostazione tradizionale, la capacità imprenditoriale *ex art. 41 Cost.* veniva riconosciuta indipendentemente dalla circostanza che un ente pubblico, alla luce della propria *mission* istituzionale, fosse, o meno, tenuto a perseguire finalità lucrative (e, quindi, anche nel caso in tali finalità non fossero direttamente riconducibili nel novero dei compiti attribuiti all'ente dalla legge), sul presupposto che, attraverso lo svolgimento di attività di impresa, l'ente in questione avrebbe comunque potuto conseguire obiettivi (anche solo indirettamente) correlati agli interessi pubblici in cura, procurandosi, nel contempo, risorse aggiuntive, da destinare proprio al perseguimento dei propri scopi istituzionali – l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 10/2011), prendendo spunto dalle considerazioni fornite dalla Corte Costituzionale con le citt. sent. nn. 326/2008 e 148/2009<sup>91</sup>, ma andando ben al di là di esse, ha recentemente interpretato le disposizioni di cui alla legge finanziaria per il 2008 (relative al procedimento di riordino delle società pubbliche) come espressive del divieto (secondo la Plenaria, già presente nell'ordinamento anche prima dell'approvazione di tali disposizioni<sup>92</sup>) per le Amministrazioni Pub-

<sup>91</sup> Da quanto osservato dalla Corte Costituzionale in tali pronunce, pare infatti potersi desumere che, secondo la Consulta, agli enti territoriali (che, per definizione, non perseguono finalità lucrative) deve essere riconosciuta, al pari dei soggetti privati, la libertà di iniziativa economica (*ex art. 41 Cost.*), con la conseguenza che questi possono esercitarla anche costituendo e/o partecipando società di capitali.

<sup>92</sup> Con la cit. sentenza n. 10/2011, l'Adunza Plenaria ha affermato che la *ratio* delle disposizioni di cui alla legge finanziaria 2008 (come interpretate dalla Consulta) cristallizza un principio già in precedenza immanente nel sistema, le cui direttrici fondamentali sono le se-

bliche di partecipare società commerciali<sup>93</sup> in difetto di una specifica previsione normativa che valga a consentire espressamente l'assunzione di tale partecipazione<sup>94</sup>, in tal modo suscitando non poche perplessità in relazione alla perdurante facoltà delle Regioni di mantenere le proprie partecipazioni indirette (come tali non interessate direttamente dall'obbligo di dismissione sancito dalla legge finanziaria 2008) in società con scopo lucrativo.

guenti: *in primis*, l'attività di impresa deve ritenersi consentita agli enti pubblici solo in virtù di un'espressa previsione; in secondo luogo, l'ente pubblico non avente finalità di lucro non può svolgere attività d'impresa, salvo espresse deroghe normative; inoltre, la possibilità di costituire società pubbliche operanti sul mercato, è ordinariamente prevista da espresse disposizioni legislative (infatti, non di rado è la legge a prevedere direttamente la creazione di società a partecipazione pubblica); infine, la costituzione di società per il perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ente pubblico è generalmente ammissibile se ricorrono i presupposti dell'*in house* (partecipazione pubblica totalitaria, esclusione dell'apertura al capitale privato, controllo analogo, attività esclusivamente o almeno prevalentemente dedicata al socio pubblico) e salvi specifici limiti legislativi.

<sup>93</sup> Il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria con la cit. sent. n. 10 del 2011 (ammesso che – come sembra – possa essere esteso anche agli altri enti pubblici, diversi dalle Università, che non perseguono finalità lucrative), rappresenta un significativo punto di svolta rispetto al passato, in quanto potrebbe valere a sancire una preclusione assoluta rispetto alla costituzione di società destinate a competere nel mercato da parte degli enti territoriali. Il cambiamento di rotta è particolarmente significativo, considerato che l'assunto della Plenaria, secondo cui la libertà di iniziativa economica sarebbe riconosciuta esclusivamente agli enti pubblici aventi finalità lucrative, varrebbe a sconfessare (anche) il precedente orientamento della giurisprudenza amministrativa (e della dottrina) che, al contrario, pareva riconoscere detta libertà anche agli enti pubblici territoriali e locali. Invero, l'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria – per quanto condivisibilmente orientata ad evitare che le Pubbliche Amministrazioni possano investire risorse per finanziare imprese che non si propongono di realizzare interessi pubblici e che, peraltro, sono destinate ad inserirsi in mercati concorrenziali sottraendo spazio ai *competitors* privati – presta il fianco ad alcune considerazioni critiche. In primo luogo, l'orientamento assunto dalla Plenaria pare travisare il significato dell'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale in merito alla *ratio* dell'art. 3, c. 27 ss., della legge finanziaria 2008, finendo quindi col delineare una posizione troppo rigida in particolare rispetto alla negazione assoluta della facoltà degli enti di detenere partecipazioni in società operanti nel mercato. Inoltre, anche ammesso, ma non concesso, che le disposizioni in parola rivestano carattere immediatamente precettivo e non meramente programmatico, non ci si può esimere dall'evidenziare le difficoltà che, inevitabilmente, si incontrerebbero nel valutare – ai fini dell'applicazione dell'obbligo di cessione delle partecipazioni non strettamente necessarie, considerata anche la portata trasversale del divieto – quelle partecipazioni caratterizzate dall'essere indirettamente riconducibili alle finalità istituzionali dell'ente, sebbene relative a società operanti in mercati concorrenziali.

<sup>94</sup> Ad avviso della Plenaria, la possibilità di costituire una società commerciale deve, infatti, ritenersi subordinata alla sussistenza di un'espressa disposizione legislativa che legittimi l'operazione, non potendo ritenersi consentita, quantomeno nel caso in cui l'ente pubblico costituente non persegua fini di lucro.



## la disciplina delle società regionali

Diversamente, la decisione relativa all'eventuale ricorso alla costituzione e/o partecipazione di società pubbliche, per lo svolgimento di attività e/o servizi connessi alle finalità istituzionali ovvero a supporto di funzioni amministrative di pertinenza degli enti regionali, non dovrebbe essere influenzata – come, invece, è avvenuto a più riprese in passato, sull'asserito, ma indimostrato, presupposto che ciò risulterebbe funzionale alla riduzione della spesa pubblica – dall'intervento del legislatore, ma dovrebbe essere rimessa alla discrezionalità degli enti stessi.

Sicché, tenuto conto anche del recente riconoscimento normativo, da parte dell'Unione Europea, della forma organizzativa dell'*in house providing*<sup>95</sup>, alle Regioni dovrebbe essere riconosciuta la piena facoltà di decidere, nell'ambito della loro autonomia organizzativa, se optare per l'esternalizzazione (tramite affidamento a terzi ovvero costituzione di società mista) ovvero per l'autoproduzione (mediante società *in house* ovvero altro ente con caratteristiche analoghe) delle prestazioni occorrenti per l'esercizio delle relative competenze. Nondimeno, qualora la scelta dovesse ricadere sulla società partecipata *in house* o mista, occorrerebbe necessariamente osservare il modello di statuto speciale tratteggiato dal legislatore statale (cui – come si è visto – spetta, in via esclusiva, il compito di delineare le caratteristiche suscettibili di caratterizzare, in prospettiva, le società a partecipazione pubblica), in conformità alle indicazioni fornite dalle Istituzioni europee, con specifico riferimento a quella determinata tipologia di società.

Invero, tenuto conto della impellente necessità di chiarificazione, semplificazione ed aggiornamento del quadro normativo di riferimento, anche alla luce dei dati allarmanti emersi a fronte della pubblicazione, il 7 agosto 2014, del *dossier* predisposto dal Commissario per la *spending review*, relativo alle società partecipate<sup>96</sup>, non è fuori luogo immaginare che, a breve, possano intervenire importanti novità legislative.

<sup>95</sup> Ci si riferisce alla recente approvazione della direttiva n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici nei settori ordinari, della direttiva n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e della direttiva n. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Le nuove Direttive sono entrate in vigore decorsi venti giorni dalla pubblicazione sulla G.U. dell'Unione Europea del 28 marzo 2014 e dovranno essere recepite da tutti gli Stati membri entro il termine di due anni. Invero, esse contengono per la prima volta una specifica disciplina dell'*in house providing*, che ovviamente prende le mosse dalle indicazioni fornite dalla copiosa giurisprudenza comunitaria in tema.

<sup>96</sup> Dalla lettura di tale documento, relativo a tutte le società partecipazione pubblica (ivi comprese quelle dello Stato), si evince, infatti, che almeno una società partecipata su quattro ha un rendimento negativo rispetto al capitale investito. Altro dato preoccupante è che su circa ottomila società partecipate in totale, solo cinquemila circa hanno messo a disposizione i dati relativi all'anno 2012.

*Abstract*

*The essay examines the complex and fragmented legislative framework of the regional companies, which has emerged in the recent years, as a consequence of the incessant production of rules concerning diversified, and not always consistent, objectives. The main lines are the containment of costs related to the operation of public companies, through the sale of the shareholdings and the promotion of competition “for” the market in the “instrumental” services sector and in the services of general interest.*

*However, the national legislative interventions have led to the gradual erosion of the spaces reserved for autonomy to the regions. This phenomenon has been contained, but not solved, by the decisions (no. 199/2012 and no. 229/2013), in which the Constitutional Court stopped the paths of reform of the state legislator.*

*In this context, the “stability” law of 2014 introduced important innovations to the companies held by the local authorities, and made also a significant revision of the previous rules, with the aim of simplifying the existing legal.*

FRANCESCA DI LASCIO

## TRASPARENZA E CONTROLLI SULLE IMPRESE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I nuovi criteri guida per i controlli sulle imprese. – 3. La trasparenza e il potenziamento dei controlli collaborativi. – 4. La relazione tra il principio di trasparenza e le procedure di controllo: la peculiarità delle ispezioni. – 3.1 La trasparenza nella fase pre-ispettiva. – 3.2 La trasparenza nella fase di accesso ai luoghi. – 4. La relazione tra il principio di trasparenza e le procedure di controllo: criticità. – 5. Conclusioni.

### 1. Premessa

Il presente contributo indaga la relazione che intercorre tra il principio di trasparenza e i controlli amministrativi condotti sulle imprese. L'analisi prende spunto da alcune previsioni contenute nel d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, per poi valutare in che modo l'applicazione di tale criterio generale è in grado di condizionare e conformare le singole fasi dell'azione conoscitiva di cui constano i controlli.

Il tema può essere collocato nell'ambito della relazione tra amministrazione e operatori economici, laddove è ormai consolidata la percezione che il sistema burocratico italiano tende ad operare come elemento di svantaggio competitivo per le attività produttive ed a rappresentare un ostacolo allo sviluppo economico<sup>1</sup>. Per contrastare questo fenomeno negli ultimi

<sup>1</sup> Lo ricorda B.G. Mattarella, *I procedimenti*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 275. Un indicatore comparativo della *performance* italiana in tema di regolazione dell'attività di impresa è contenuto nei rapporti annuali redatti dalla World Bank e dall'International Finance Corporation. Da ultimo, il riferimento è a *Doing business 2014. Understanding Regulations for Small and Medium-size Enterprises*, per il raffronto con altri sistemi europei ed extraeuropei, e a *Doing Business in Italia 2013*, per una comparazione tra le diverse regioni italiane. L'ultimo rapporto, in specie, ha tenuto conto del grado di agevolazione derivante dalle regole introdotte con riguardo ad alcune aree tematiche di grande interesse per le piccole e medie imprese, una delle quali è espressamente riferita alla fase di avvio dell'attività. Più in generale, sul ruolo che il diritto amministrativo può avere quale fattore di contributo o di ostacolo per la crescita economica si veda M. De Benedetto, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Dir. ec.*, 2014, 1, 189 ss.

anni sono stati adottati numerosi provvedimenti finalizzati alla promozione di un miglioramento qualitativo del quadro regolatorio, nella direzione di accrescerne la chiarezza e la coerenza e di potenziarne la capacità di offrire ausilio e sostegno alle imprese, particolarmente con riguardo a quelle di piccole e medie dimensioni<sup>2</sup>.

In tale contesto si inseriscono le disposizioni volte a rafforzare la diffusione di strumenti di semplificazione amministrativa, alcuni dei quali sono rivolti a sostenere l'attuazione delle liberalizzazioni<sup>3</sup>, e metodologie di misurazione e riduzione degli oneri amministrativi cui le imprese sono sottoposte<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Su questi temi, si vedano OECD, *Overcoming barriers to administrative simplification strategies – Guidance for policy makers*, OECD Publishing, 2009, e, in precedenza, Commissione europea, *Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union*, COM (2005)97 def. Con specifico riferimento alle piccole e medie imprese vedi, invece, le due Comunicazioni della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni COM(2008)394 e COM(2011)78, relative allo *Small Business Act*. In dottrina, si rinvia, per esempio, a M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, laddove si sostiene che la qualità della regolazione è tra i fattori chiave per la competitività dei paesi e la loro capacità di attrarre investimenti (11), e a G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 164-165.

<sup>3</sup> Sulla relazione tra semplificazione e competitività si vedano T. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1, 173 ss., e S. Amorosino, *Achille e la tartaruga: semplificazione amministrativa e competitività del sistema Italia*, Milano, 2006.

<sup>4</sup> Attraverso il processo di misurazione e riduzione degli oneri amministrativi viene perseguito l'obiettivo di concorrere ad influenzare positivamente la crescita e la ripresa economica sulla base dell'assunto che la riduzione degli oneri permetta di immettere nell'attività imprenditoriale risorse nuove, equivalenti a quelle prima impiegate per soddisfare gli adempimenti amministrativi non più richiesti. Vedi, in proposito, la Comunicazione COM (2007) 23 definitivo del 24 gennaio 2007, recante il *Programma d'azione per la riduzione degli oneri amministrativi dell'Unione Europea*, la quale ha indicato una diminuzione degli oneri pari al 25% come finalità da perseguire sulla base di misurazioni degli obblighi informativi condotte a livello nazionale (8). L'indicazione è stata recepita dall'art. 25 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133), che ha previsto l'adozione di un *Programma per la misurazione degli oneri amministrativi* gravanti sulle imprese con riferimento a obblighi informativi presenti in materie di competenza statale, rimettendo il coordinamento delle relative attività al Dipartimento della funzione pubblica, in sinergia con l'Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione nonché con le amministrazioni interessate *rationae materiae*. Successivamente, anche alla luce delle nuove indicazioni contenute nella Comunicazione COM (2012) 746 *final* del 12 dicembre 2012, intitolata "*Adeguatezza della regolamentazione dell'Unione europea*", l'art. 3, c. 3-*sexies*, del d. l. 9 febbraio 2012 n. 5 ha ampliato la misurazione anche agli oneri diversi da quelli amministrativi, ai tempi di conclusione dei procedimenti e ad aree di regolazione e procedure di interesse per i cittadini. Frutto di questa disposizione è il Programma di misurazione approvato con d.P.C.M. 28 maggio 2014. In dottrina, si rinvia a S. Salvi, *La misurazione degli oneri regolatori: verso un allineamento*

## trasparenza e controlli sulle imprese

È in questa direzione che muove anche la diminuzione dei controlli nella fase di avvio dell'attività di impresa<sup>5</sup>. Il processo richiamato, pur avendo comportato un forte snellimento dei riscontri preventivi attraverso l'introduzione di meccanismi autocertificativi, non ha però inciso sulla vigenza di pregnanti controlli successivi. Attraverso questi ultimi, infatti, devono essere garantiti sia il tradizionale accertamento di rispondenza formale alle norme, sia una più innovativa verifica in merito agli adempimenti sostanziali volti a tutelare gli interessi pubblici in vario grado coinvolti dall'esercizio dell'attività economica<sup>6</sup>. Assume rilevanza, quindi, il riferimento «al principio di sostanzialità del comportamento piuttosto che al mero adempimento, non sempre espressione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa»<sup>7</sup>.

*alle migliori pratiche europee*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 696 ss.; S. Salvi, F. Sarpi, *I risultati e le aspirazioni della misurazione degli oneri amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 10, 1072 ss.; Id., *Continuità e sviluppi nelle politiche di semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 7, 783 ss.

<sup>5</sup> In proposito, si ricorda l'art. 17, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, di recepimento della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi), a mente del quale il rilascio del titolo autorizzatorio per l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi deve avvenire con silenzio assenso e, dunque, come disposto nel diritto interno dall'art. 19 della l. 7 agosto 1990, n. 241 in materia di segnalazione di inizio attività (Scia). A riguardo, vedi V. Cerulli Irelli, *Le politiche di semplificazione e di liberalizzazione*, in *Astrid Rass.*, 2013, 9, 2. In senso critico, si legga L. Saltari, *Lo «stato» del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 6, 582, che segnala l'incertezza di concepire la Scia come strumento di liberalizzazione. Le ambiguità conseguenti all'applicazione operativa del regime introdotto ex art. 19 della l. n. 241/1990 sono indicate anche da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 177-179. Più in generale sulla Scia, si veda F. Martines, *La segnalazione certificata di inizio attività*, Milano, 2011. La sottrazione delle attività private dai regimi di controllo preventivo era stata, peraltro, inizialmente generalizzata dall'art. 3, c. 3, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che aveva imposto la soppressione delle disposizioni statali incompatibili con la diretta applicazione della scia e dell'autocertificazione con controlli successivi. La previsione è stata dichiarata illegittima con la sentenza 20 luglio 2012, n. 200 della Corte costituzionale. Per un commento alla norma prima dell'abrogazione, vedi G. Fonderico, *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 1, 18 ss. Il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, è poi tornato ad occuparsi del tema, da un lato ribadendo i contenuti di cui all'art. 41 Cost. a mente del quale il principio di libertà dell'iniziativa economica privata ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare danni ad alcuni valori fondamentali (art. 12, c. 2) e dall'altro, disponendo in merito ad una generale semplificazione dei controlli sulle imprese (su cui *infra*).

<sup>6</sup> Il bilanciamento tra l'introduzione di misure di liberalizzazione e il mantenimento di talune forme di verifica pubblica dell'azione svolta dalle imprese private rappresenta, invero, una modalità ricorrente nella regolazione dei "procedimenti di mercato": G. Napolitano, *Diritto amministrativo e processo economico*, Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 18-20 settembre 2014, in *Astrid Rass.*, 2104, 16, 12.

<sup>7</sup> Vedi *Codice di comportamento ad uso degli ispettori del lavoro*, approvato con d.d. 15 gennaio 2014, art. 2, c. 3.

Nel contesto descritto, il legislatore ha percepito come necessaria e impellente una modifica profonda dei criteri cui sono ispirati i procedimenti di controllo sulle imprese private. L'obiettivo, di sicuro rilievo, è stato tuttavia perseguito attraverso previsioni frammentate e disorganiche, con margine di operatività differenziato. Sono, infatti, state adottate alcune norme con valenza trasversale, che impattano su tutti i procedimenti di controllo successivo indipendentemente dall'ambito materiale cui questi si riferiscono e che vincolano un ampio novero di amministrazioni. È così per le disposizioni inerenti la pubblicazione dei dati e delle informazioni relative ai controlli imposte dal d.lgs. n. 33/2013 (c.d. codice della trasparenza).

Accanto alle previsioni generali, però, il legislatore ha continuato a produrre disposizioni settoriali e puntuali, che talvolta si sovrappongono, duplicandole (o, peggio, differenziandosi), con altre a vigenza più estesa, dando così vita ad un quadro di difficile interpretazione per i funzionari e per gli operatori economici coinvolti<sup>8</sup>. È quanto accaduto, ad esempio, ad opera del recente d.l. 24 giugno 2014, n. 91, il cui art. 1 contiene, come si vedrà, nuove disposizioni in materia di controlli sulle imprese agricole<sup>9</sup>.

## 2. I nuovi criteri guida per i controlli sulle imprese

La riforma dei controlli successivi sulle attività produttive si fonda su una premessa: la chiara individuazione delle informazioni relative agli adempimenti imposti dalle norme è un presupposto fondamentale per permettere l'ottemperanza<sup>10</sup>. In tal senso, la trasparenza, intesa come "accessibilità totale" delle informazioni, «consente a chiunque sia portatore di un interesse rilevante, di tipo anche economico, una migliore valutazione degli investimenti e degli indici di rischio che una determinata operazione economica può avere in un dato momento storico o mercato di riferimento»<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Ben si adatta al caso il riferimento alla iper-regolazione dei procedimenti amministrativi contenuto in B. G. Mattarella, *I procedimenti*, cit., 262-263. Per gli effetti che ne derivano, si rinvia a Id., *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011, 68 ss.

<sup>9</sup> Il decreto è stato convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 116.

<sup>10</sup> Il criterio è stato accolto nelle *Linee guida in materia di controlli* adottate il 24 gennaio 2013, par. 5.

<sup>11</sup> Così la circolare n. 1/2014 del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, 3. Ma similmente anche le *Linee guida in materia di controlli*, nelle cui premesse si legge che «il controllo deve evolvere da una funzione spesso più incentrata sull'accertamento della conformità formale verso una più moderna funzione tesa ad assicurare l'effettivo adempimento sostanziale alle disposizioni poste a tutela degli interessi pubblici, anche attraverso un'azione di orientamento e collaborazione con le imprese».

## trasparenza e controlli sulle imprese

Su questa base le disposizioni più recenti hanno valorizzato, oltre ai principi di semplicità e proporzionalità, il principio di pubblicità e, attraverso di esso, il principio di trasparenza<sup>12</sup>.

L'attuazione positiva dei primi due criteri comporta la necessità di evitare duplicazioni nell'oggetto del controllo e di eliminare (o, quantomeno, ridurre) le sovrapposizioni sull'attività svolta dai diversi controllori su una stessa impresa<sup>13</sup>. I due corollari indicati non sono nuovi all'ordinamento europeo, nell'ambito del quale hanno ispirato recenti disposizioni in tema di controlli ambientali<sup>14</sup> così come provvedimenti di più ampia portata adottati in vista dello sviluppo del mercato unico<sup>15</sup>. A livello nazionale, gli stessi principi sono stati codificati prima dall'art. 6, c. 3, l. 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto del contribuente) con riferimento ai controlli fiscali e tributari e, poi, da norme con valenza più ampia intervenute tra il 2010 e il 2012.

Innanzitutto, l'art. 49, c. 4 *quater*, d.l. 31 maggio 2010, n. 78<sup>16</sup>, con l'o-

<sup>12</sup> Gli studi sul principio di trasparenza amministrativa e sulla sua evoluzione dal 1990 ad oggi sono ormai numerosi. Tra i più recenti si segnalano G. Arena, (voce) *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss. (anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche ivi contenute); F. Merloni, G. Arena, G. Corso, G. Gardini, C. Marzuoli (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, e in *Astrid Rass.*, 2009, 22; M. Occhiena, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. Renna, F. Saitta, *I principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 141 ss.; M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 3-4, 657 ss.; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?* in *Dir. Amm.*, 2013, 4, 749 ss.

<sup>13</sup> Sul tema in generale, vedi P. Hampton, *Reducing administrative burden: effective inspections and enforcement*, London, 2005.

<sup>14</sup> Vedi la direttiva n. 2010/75/UE, il cui art. 23 è espressamente dedicato ai controlli ambientali, che riprende le indicazioni contenute nella Raccomandazione 2001/331/CE del 4 aprile 2001 la quale aveva indicato i criteri minimi da applicare per lo svolgimento delle ispezioni ambientali negli Stati membri (tra cui, ad esempio, la necessità di rendere pubbliche le relazioni predisposte al termine delle ispezioni in favore sia dell'impresa, sia dell'opinione pubblica). La Direttiva è stata recentemente recepita con il decreto legislativo 4 marzo 2014 n. 46, che modifica in più parti il Codice dell'ambiente.

<sup>15</sup> Vedi le COM(2008)394 e COM(2011)78, che hanno definito le politiche della Commissione europea in relazione all'attuazione dello *Small Business Act*, indicando la semplificazione e la riduzione degli adempimenti amministrativi quali fattori indispensabili per la crescita delle piccole e medie imprese. In particolare, si è ivi sostenuta la necessità di promuovere il «coordinamento delle attività di controllo al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni, assicurando la proporzionalità degli stessi in relazione alla tutela degli interessi pubblici coinvolti». Con identico tono, i summenzionati principi sono stati successivamente formalizzati dall'art. 10 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) e recepiti nel diritto interno dagli art. 11 e 12, d.lgs. n. 59/2010.

<sup>16</sup> Convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122.

biettivo di promuovere lo sviluppo del sistema produttivo e la competitività delle imprese, ha autorizzato il Governo ad adottare uno o più regolamenti volti a semplificare e ridurre gli adempimenti amministrativi gravanti sulle piccole e medie imprese. Tra i criteri direttivi che la disposizione citata ha indicato per guidare la redazione dei regolamenti, alcuni sembrano suscettibili di incidere in modo innovativo sulla disciplina dei procedimenti di controllo. È il caso, ad esempio, della «proporzionalità degli adempimenti amministrativi in relazione alla dimensione dell'impresa e al settore di attività, nonché alle esigenze di tutela degli interessi pubblici coinvolti» (lett. a), della «eliminazione di autorizzazioni, licenze, permessi, ovvero di dichiarazioni, attestazioni, certificazioni, comunque denominati, nonché degli adempimenti amministrativi e delle procedure non necessarie rispetto alla tutela degli interessi pubblici in relazione alla dimensione dell'impresa ovvero alle attività esercitate» (lett. b) e del «coordinamento delle attività di controllo al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni, assicurando la proporzionalità degli stessi in relazione alla tutela degli interessi pubblici coinvolti» (lett. f).

In secondo luogo, l'art. 7, c. 1, d. l. 13 maggio 2011, n. 70<sup>17</sup>, ha stabilito che, per ridurre il peso della burocrazia sulle imprese e sui contribuenti in materia fiscale, «il controllo amministrativo in forma d'accesso da parte di qualsiasi autorità competente deve essere oggetto di programmazione da parte degli enti competenti e di coordinamento tra i vari soggetti interessati al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni nell'attività di controllo» (lett. a)<sup>18</sup>.

Ancora più ampia è stata la portata dei principi contenuti nell'art. 14, c. 1, d.l. 9 febbraio 2012 n. 5, a mente del quale la disciplina delle verifiche sulle attività produttive deve ispirarsi «ai principi della semplicità, della proporzionalità dei controlli stessi e dei relativi adempimenti burocratici alla effettiva tutela del rischio, nonché del coordinamento dell'azione svolta dalle amministrazioni statali, regionali e locali»<sup>19</sup>.

Il decreto ha previsto, inoltre, una nuova autorizzazione per l'adozione, da parte del Governo, di regolamenti atti a razionalizzare, semplificare e coordinare i controlli sulle imprese. Anche in questo caso, sono stati previsti numerosi criteri direttivi che, in parte, riprendono quelli di cui al d.l. n. 70/2011, come accade per la «proporzionalità dei controlli e dei connessi

<sup>17</sup> Convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

<sup>18</sup> Ma la previsione non si applica ai controlli straordinari eseguiti per tutelare finalità attinenti alla salute, alla giustizia oppure a situazioni di emergenza.

<sup>19</sup> La disposizione non è applicabile, per espressa menzione, ai controlli in materia fiscale, finanziaria e di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, che restano disciplinati dalle relative disposizioni settoriali.



## trasparenza e controlli sulle imprese

adempimenti amministrativi al rischio inerente all'attività controllata, nonché alle esigenze di tutela degli interessi pubblici» (lett. a). Ma la disposizione fa riferimento altresì alla eliminazione delle attività di controllo non necessarie (lett. b) e al coordinamento e programmazione dei controlli, attraverso i quali devono essere evitate duplicazioni e sovrapposizioni nonché deve essere definita la frequenza dei controlli, tenendo conto dell'esito di verifiche e ispezioni già condotte (lett. c). Da ultimo, è poi evidenziata la necessità della collaborazione tra controllori e soggetti controllati, che deve fungere da strumento di prevenzione dei rischi e delle irregolarità (lett. d).

I principi richiamati hanno un ambito oggettivo di riferimento molto esteso se confrontato con le disposizioni pregresse e, inoltre, le regioni e gli enti locali sono tenuti a conformarvi le attività di controllo poste in essere nell'esercizio delle funzioni di loro competenza. Anche l'ambito soggettivo di applicazione dei criteri indicati è, dunque, molto ampio.

La relazione tra principio di trasparenza e processi di controllo emerge, invece, con riferimento ad alcune recenti disposizioni finalizzate ad accrescere la pubblicità dei dati e delle informazioni relative alle procedure di verifica.

Nello specifico, l'art. 14, c. 2, del già citato d.l. n. 5/2012 ha previsto che i criteri e le puntuali modalità di svolgimento dei controlli devono essere oggetto di pubblicazione sul *web*. Ha, inoltre, imposto alle amministrazioni competenti di pubblicare *on line* sui propri siti la lista dei controlli gravanti sulle imprese per specifici ambiti di competenza, indicando la presenza di differenze nelle procedure dovute alla dimensione delle imprese e/o al settore di attività produttiva oggetto della verifica.

È emerso qui un primo importante richiamo all'introduzione, nei procedimenti di controllo, di elementi tratti dai modelli del *risk based approach*, attraverso cui l'amministrazione può valutare la probabilità che il destinatario di un obbligo non vi adempia e, allo stesso tempo, la rilevanza dell'impatto potenziale di tale inosservanza sull'interesse generale tutelato dalle norme. In base alla valutazione prognostica effettuata, le attività o le categorie di imprese sono poi classificate secondo una gradazione di rischio, alla quale si collega una scala di priorità degli interventi di controllo che dovranno essere effettuati. Così facendo, le risorse disponibili (peraltro, di misura sempre più ridotta) possono prioritariamente essere impiegate per esercitare le verifiche sulle imprese classificate con maggior grado di rischio, con conseguente crescita dei livelli di efficienza e efficacia nell'azione amministrativa condotta<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Sul tema, vedi World Bank Group, *How to Reform Business Inspections*, 2011, in specie

La relazione tra proporzionalità al rischio e controlli amministrativi è stata, peraltro, ulteriormente sviluppata nell'ambito del processo di adeguamento posto in essere a livello territoriale in attuazione dei principi di cui al d.l. n. 5/2012. Come accennato, infatti, questo provvedimento si rivolge sia alle amministrazioni statali, sia a quelle regionali e locali le quali sono state chiamate a definire, secondo modalità concertative, i contenuti degli standard applicabili alle procedure di controllo.

I risultati degli accordi raggiunti sono stati trasposti nelle *Linee guida in materia di controlli*, adottate il 24 gennaio 2013 con intesa sancita in Conferenza Unificata, e sono articolate sulla base di alcuni principi cardine che sintetizzano i criteri direttivi introdotti dalle norme richiamate. Il documento citato si riferisce, nello specifico, alla chiarezza della regolazione, all'approccio collaborativo del personale, alla pubblicità e trasparenza dell'azione e dei risultati del controllo, al coordinamento e, infine, alla proporzionalità al rischio.

Con riferimento a quest'ultimo profilo le *Linee guida* hanno chiarito che l'applicabilità della metodologia del rischio impone, oltre a quanto già detto, che vi sia una programmazione dei controlli da effettuare e, in questo contesto, richiede l'abbandono di tecniche basate in via esclusiva sull'indizione dei controlli con tempi fissi e predeterminati nonché su una selezione casuale delle imprese da controllare. Si tratta di una novità di estremo rilievo se si considera che, ad oggi, sussistono ancora discipline settoriali le quali non prevedono un obbligo diffuso di analisi preventiva delle verifiche da effettuare, continuando invece a prediligere controlli a campione di tipo periodico e controlli a tappeto<sup>21</sup>. Questi ultimi, in specie, divengono sempre

52 ss., e OECD, *Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, 2014, 27 ss. Un rinvio si deve anche alle *Linee guida in materia di controlli*, 5-6 (su cui più approfonditamente *infra*). Dall'applicazione di questo metodo potrebbe, altresì, derivare la possibilità di ipotizzare un sistema nel quale i risultati derivanti dalla successione dei controlli periodici siano utilizzati per sanzionare le imprese inadempienti e, al contempo, per premiare quelle rispettose dei precetti normativi, per le quali, ad esempio, l'intervallo intercorrente tra un'ispezione e l'altra potrebbe diventare maggiore tanto più gli esiti dei controlli siano positivi. Sulla *risk-based regulation*, si vedano in generale R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation*, II ed., Oxford, 2012, 281 ss., e, con riferimento a due settori specifici, M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso in casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, 2010.

<sup>21</sup> Ad esempio, il regolamento recante "Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'autorità" per le garanzie nelle comunicazioni, approvato con la delibera n. 220/08/CONS, prevede che il Consiglio della medesima autorità possa discrezionalmente decidere se approvare un programma di ispezioni sistematiche (art.1, c. 3).

più difficili da portare a compimento in modo efficace nell'attuale panorama di scarsità di risorse di cui l'amministrazione dispone, da cui consegue, peraltro, una discrasia tra l'esiguo numero di ispettori disponibili a supporto dell'attività di verifica e l'elevato novero di imprese che dovrebbero essere oggetto di accertamento<sup>22</sup>.

Le disposizioni dell'art. 14 citato sono state riprese dal d.lgs. n. 33/2013, che lo ha abrogato e, contestualmente, ne ha riproposto quasi integralmente i contenuti nell'art. 25. La previsione impone che le amministrazioni rendano disponibili sia l'elenco delle tipologie di controllo cui le imprese sono assoggettate in ragione della dimensione e del settore di attività, sia l'elenco degli obblighi e degli adempimenti oggetto delle medesime attività, il rispetto dei quali garantisce l'ottemperanza dei precetti normativi<sup>23</sup>. La pub-

<sup>22</sup> Sotto un altro aspetto, si deve considerare che il potenziamento della fase di programmazione non induce, né comporta riduzioni dei controlli a sorpresa avviati sulla base di esposti, denunce oppure d'ufficio su impulso discrezionale dell'amministrazione procedente. Come si vedrà, infatti, questa modalità di verifica è tutt'ora molto diffusa poiché permette all'amministrazione di raccogliere le informazioni e i dati necessari al controllo senza che le stesse siano alterate da comportamenti illeciti dei soggetti controllati. Talvolta, sono le stesse disposizioni settoriali a favorire la richiamata modalità di verifica, come è il caso dell'art. 3, c. 2, regolamento (CE) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004 in materia di sicurezza alimentare, secondo cui «I controlli ufficiali sono eseguiti senza preavviso, salvo qualora sia necessaria una notifica preliminare dell'operatore del settore dei mangimi e degli alimenti, come nel caso degli audit».

<sup>23</sup> Gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 25, d.lgs. n. 33/2013 differiscono, evidentemente, per *ratio* e quanto ai loro contenuti da quelli previsti ex art. 22 del medesimo decreto. Ai sensi di questa disposizione, infatti, le amministrazioni sono tenute a pubblicare e ad aggiornare annualmente una serie di dati relativi a enti pubblici istituiti, vigilati e finanziati nonché a società ed enti di diritto privato per cui sussiste un controllo pubblico (art. 22, c. 1). La differenza tra gli oneri imposti dall'art. 22 e dall'art. 25 emerge anche se si considera che, nel primo caso, la mancata o incompleta pubblicazione dei dati richiesti comporta il divieto di erogare somme a qualsivoglia titolo da parte dell'amministrazione interessata in favore di tali soggetti (art. 22, c. 4), mentre, nel secondo, non è prevista alcuna sanzione per il mancato rispetto della previsione normativa. Ciò dimostra che le due disposizioni rispondono all'apparenza a finalità differenti: l'art. 22 mira ad accrescere il grado di *accountability* esterna dell'amministrazione nei confronti della collettività, in particolare a fronte di rapporti con altri enti da cui consegue l'impegno di risorse finanziarie pubbliche; l'art. 25, invece, risponde piuttosto all'esigenza di semplificare la relazione tra amministrazioni e imprese attraverso la visibilità delle procedure di cui le seconde sono destinatarie. Tuttavia, si deve considerare che una delle conseguenze più evidenti derivanti da tale processo è, come nel caso precedente, il rafforzamento dell'*accountability* pubblica, che però qui si ha in misura più limitata ovvero nei confronti delle sole imprese destinatarie delle verifiche. In generale, per un commento alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 33/2013 si vedano M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 8-9, 795 ss., e B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo di Romagna, 2013; P. Marsocci,

blicazione delle informazioni deve avvenire sui singoli siti istituzionali nonché sul sito “impresainungiorno”<sup>24</sup>.

I principi richiamati sono stati ripresi anche da alcune recenti previsioni settoriali, come avvenuto per il già citato d.l. n. 91/2014. In specie, l’art. 1, c. 1, di tale provvedimento, al fine di assicurare l’esercizio unitario dell’attività ispettiva nei confronti delle imprese agricole, l’uniformità di comportamento degli organi di vigilanza e il regolare esercizio dell’attività imprenditoriale, impone che i controlli ispettivi siano effettuati dagli organi di vigilanza in modo coordinato, evitando sovrapposizioni e duplicazioni e garantendo l’accesso all’informazione sui controlli. Conferma, quindi, in generale il rilievo accordato ai principi di semplicità e proporzionalità già espresso dal d.l. n. 5/2012.

La previsione in esame contiene, però, anche disposizioni più puntuali volte a regolare l’uso di strumenti attraverso cui dare attuazione, in concreto, al principio di trasparenza (tra l’altro, non menzionato in modo espresso dal d.l. n. 91/2014) con scelte suscettibili di applicazione estensiva anche ad ambiti materiali ulteriori rispetto a quello oggetto della norma. Ciò accade soprattutto sotto due profili.

Innanzitutto, si segnala la previsione in base alla quale le risultanze dei controlli ispettivi devono essere riportate in appositi verbali, che devono essere notificati agli interessati anche nei casi in cui al controllo non fa seguito

*Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013, nell’interpretazione del modello costituzionale di amministrazione, in Ist. fed., 2013, 3-4, 687 ss.; A. Bonomo, Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici, in Ist. fed., 2013, 3-4, 725 ss.*

<sup>24</sup> Il portale è concepito come strumento di supporto alle politiche di semplificazione dell’attività di impresa previste dall’art. 38 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133). Le sue funzioni sono elencate dall’art. 3 del d.P.R. 7 settembre 2010 n. 160, che ha riordinato la disciplina sullo sportello unico per le attività produttive in attuazione del predetto decreto legge. A mente di questo provvedimento il sito opera, principalmente, in due direzioni: da un lato, fornisce servizi informativi e operativi ai SUAP e direttamente alle imprese, anche interoperando con altri portali e sistemi informativi regionali e locali, e, dall’altro, costituisce un punto infrastrutturale di accesso a livello nazionale per le attività relative all’attuazione della direttiva servizi (come indicate dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59) nonché per gli Uffici periferici dello Stato. Il d.lgs. n. 33/2013 aggiunge, dunque, un ulteriore servizio informativo a quelli già erogati la cui efficacia appare, tuttavia, condizionata dalla misura con cui le amministrazioni procedono all’invio dei dati relativi ai controlli. Già una sommaria ricognizione effettuata a riguardo mostra, infatti, come non vi sia una corrispondenza piena tra le informazioni pubblicate direttamente sui siti dei soggetti istituzionali e quelle rese disponibili sul portale che, ad oggi, appare abbastanza scarso di contenuti riguardo al profilo in esame. Il rispetto dell’onere di trasmissione dei dati trova, d’altro canto, un disincentivo nel fatto che il mancato adempimento da parte delle amministrazioni non è soggetto ad una misura sanzionatoria, né deve avvenire entro un termine espressamente individuato.

il riscontro di irregolarità. Così recita l'art. 1, c. 1, del d.l. n. 91/2014 il quale precisa che «Nei casi di attestata regolarità, ovvero di regolarizzazione conseguente al controllo ispettivo eseguito, gli adempimenti relativi alle annualità sulle quali sono stati effettuati i controlli non possono essere oggetto di contestazioni in successive ispezioni relative alle stesse annualità e tipologie di controllo, salvo quelle determinate da comportamenti omissivi o irregolari dell'imprenditore, ovvero nel caso emergano atti, fatti o elementi non conosciuti al momento dell'ispezione». La disposizione, che trova applicazione solo nei confronti degli atti e dei documenti esaminati e indicati nel verbale, impone, implicitamente, il coordinamento tra gli ispettori che si succedono negli accessi ad una medesima impresa, i quali devono acquisire i dati e le informazioni relative ai controlli pregressi al fine di evitare illegittimi aggravii del processo produttivo oggetto della verifica amministrativa.

In secondo luogo, il d.l. n. 91/2014 ha istituito il registro unico dei controlli ispettivi, nel quale devono essere resi disponibili tempestivamente e in via telematica i dati relativi alle verifiche effettuate da parte degli organi di polizia, dei competenti organi di vigilanza nonché di organismi privati autorizzati allo svolgimento di compiti di controllo dalle vigenti disposizioni in materia<sup>25</sup>. I medesimi dati devono essere rendicontati con cadenza annuale. Il registro ha la funzione di garantire l'accesso all'informazione sui controlli effettuati, poiché raccoglie dati utili alla predisposizione delle azioni conoscitive future. A questo scopo e per favorire, al contempo, il coordinamento dell'attività di controllo non solo tra gli ispettori di una stessa amministrazione ma anche tra i diversi soggetti istituzionali cui sono assegnate funzioni di verifica, il decreto legge ha stabilito che i dati devono essere resi disponibili alle altre pubbliche amministrazioni. Le modalità concrete attraverso cui la conoscibilità delle informazioni dovrà essere realizzata saranno, tuttavia, definite successivamente attraverso un apposito accordo raggiunto in sede di conferenza unificata.

### **3. La trasparenza e il potenziamento dei controlli collaborativi**

Il rafforzamento del principio di trasparenza amministrativa nell'ambito delle procedure di controllo è sicuramente in grado di contribuire alla

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 1, c. 2, d.l. n. 91/2014 l'istituzione del registro dovrà avvenire con un decreto di natura non regolamentare adottato dal Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali e sarà collocato presso il dicastero eponimo.

costruzione di una relazione collaborativa tra amministrazioni e imprese. La rilevanza di questo profilo emerge con evidenza se si considera che la reticenza o il rifiuto dell'impresa di collaborare possono comportare l'impossibilità di procedere all'accertamento d'ufficio dei fatti «disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari» e impedendo, così, «l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria»<sup>26</sup>.

La mancata collaborazione è, in altre parole, in grado di ostacolare il concreto perseguimento degli interessi pubblici cui il procedimento di controllo è finalizzato in quanto accessorio alla più ampia funzione amministrativa di vigilanza sull'attività imprenditoriale: questo può accadere perché, è bene ricordarlo, l'amministrazione opera, nei riguardi dell'impresa, in un contesto di asimmetria informativa da cui deriva, in generale, un disincentivo all'adozione di comportamenti cooperativi<sup>27</sup>.

La costruzione di una relazione collaborativa tra controllori e controllati è, quindi, necessaria e deve affermarsi indipendentemente dal tipo di controllo posto in essere. Così, i controlli possono effettivamente fungere quali strumenti utili per l'emersione dei fenomeni e per la loro correzione<sup>28</sup>.

Inoltre, viene in rilievo la capacità della trasparenza di fornire all'amministrazione modi, procedure e strumenti in grado di perseguire gli interessi generali senza un esercizio, esclusivo o necessario, di poteri autoritativi<sup>29</sup>.

Date queste premesse, è di interesse indagare se e con quali modi il principio di trasparenza si presta a condizionare le singole fasi dell'azione conoscitiva svolta a fini di controllo, che si esterna in forma procedimentale e durante la quale si esplica il potere inquirente rivolto al perseguimento degli obiettivi che le norme gli assegnano<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Come disposto dall'art. 6, c. 1, lett. b), l. n. 241/1990.

<sup>27</sup> Lo ricordano G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto*, Bologna, 2009, 68.

<sup>28</sup> Vedi F. Merloni, B. Ponti, *La trasparenza*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 403.

<sup>29</sup> Vedi M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 3-4, 671. Sul punto si è però anche sostenuto che il controllo collaborativo sia meno idoneo a garantire l'osservanza della legalità in quanto la collaborazione rende il controllore partecipe, in qualche modo, dell'attività del controllato: vedi A. Brancasi, *I controlli. Profili generali*, cit., 345.

<sup>30</sup> Vedi F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 95-99.

#### 4. La relazione tra il principio di trasparenza e le procedure di controllo: la peculiarità delle ispezioni

Nell'esercizio delle sue funzioni di verifica, l'amministrazione può ordinare lo svolgimento di ispezioni, di indagini, di inchieste, di investigazioni oppure può avviare un'attività di osservazione, un'attività di studio e ricerca o, ancora, può richiedere esibizioni documentali, procedere ad interrogatori, somministrare questionari<sup>31</sup>.

Nel caso delle ispezioni, l'amministrazione compie verifiche in luoghi o su dati relativi all'ambiente dell'impresa che, di norma, non sono accessibili al pubblico. Questa facoltà non è necessariamente presente nelle indagini, nelle inchieste e nelle investigazioni, strumenti tipici (ma non esclusivi) dei poteri conoscitivi propri delle autorità indipendenti. Nelle restanti ipotesi, si esercita, invece, la facoltà raccolta delle informazioni, il che può implicare la convocazione dell'impresa presso la sede dell'amministrazione oppure può compiersi in remoto<sup>32</sup>.

Gli strumenti richiamati presentano, quindi, un grado decrescente di coinvolgimento per le imprese e, in correlazione, esprimono un grado decrescente di autoritatività dell'azione amministrativa espletata. Ma, tra tutti i mezzi indicati, è l'ispezione amministrativa che comporta «sempre l'esercizio di una potestà, capace talora di incidere anche su situazioni soggettive protette dalla Carta costituzionale»<sup>33</sup>.

Attraverso il controllo di tipo ispettivo, infatti, l'amministrazione ac-

<sup>31</sup> Molte delle attività elencate configurano azioni amministrative materiali, tra cui si annoverano azioni di natura non necessariamente tecnica, come ad esempio la presa visione di documenti e le interrogazioni, e altre in cui la tecnicità assume un carattere pregnante, come nel caso del prelievo di campioni, della verifica sul rispetto di standard o delle misurazioni di taluni valori. L'attività conoscitiva può, dunque, essere condotta con strumenti diversi, ognuno dei quali consta di specifiche procedure, che devono essere poste in essere secondo un apposito dettato legislativo o, in sua assenza, in accordo con i principi generali desumibili dal diritto nazionale ed europeo. Guardando agli effetti che possono conseguire dall'impiego dei mezzi impiegati, si distingue tra strumenti autoritativi che impongono obblighi passivi di *patis* e strumenti che fissano obblighi attivi di *facere*. Alla prima ipotesi sono ricondotte le ispezioni con accesso ai luoghi dell'impresa e il prelievo di campioni ed alla seconda la comunicazione e l'invio di informazioni e dati relativi all'attività svolta. Vedi R. Perez, *L'acquisizione di notizie da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1968, 4, 1389 ss.

<sup>32</sup> In proposito, vedi J.B. Auby, *Le pouvoirs d'inspections de l'Union européenne*, in *Rev. trim. droit eur.*, 2006, 1, 132-133.

<sup>33</sup> Come sostiene S. Valentini, *Le ispezioni amministrative*, Chieti, 1971, 24, anche in *Ispezione (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1972, 936.

cede ai luoghi dell'impresa con l'obiettivo di procurarsi tutti i dati e le notizie necessarie ad attuare la piena conoscenza dell'oggetto da valutare e, con la sua azione, è in grado di mettere potenzialmente a rischio talune libertà garantite all'ispezionato dalla Costituzione.

È il caso della tutela del domicilio e della segretezza della corrispondenza. Questi diritti fondamentali sono stati oggetto, peraltro, di alcune significative decisioni dei giudici europei con le quali è stata ribadita la necessità di un rispetto rigoroso del principio di proporzionalità nello svolgimento delle azioni materiali di cui consta la fase di accesso ai luoghi, ciò indipendentemente dalla risultanze che possono emergere in esito all'ispezione condotta. La formulazione di un giudizio positivo al termine del controllo, da cui consegue la mancata adozione di una misura, non corrisponde infatti alla garanzia di un corretto esercizio della potestà inquirente, né all'assenza di possibili lesioni per i diritti fondamentali coinvolti nel procedimento di controllo<sup>34</sup>.

D'altro canto, le ispezioni, in quanto metodo proattivo di conoscenza, hanno natura essenzialmente preventiva e permettono di enfatizzare il ruolo collaborativo dell'amministrazione inquirente<sup>35</sup>. Ma anche quando sono avviate non sulla base di un'apposita programmazione bensì per reazione ad una segnalazione o ad un evento dannoso<sup>36</sup>, i risultati che ne conseguono

<sup>34</sup> La necessità di garantire i diritti fondamentali di fronte all'esercizio della potestà ispettiva è stata oggetto di numerose decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e della Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE) le quali hanno fornito indicazioni rilevanti sulla dimensione della tutela che agli stessi deve essere accordata nel corso delle ispezioni, in specie alla luce di quanto disposto dall'art. 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Vedi, tra le più significative, Trib. I grado CE, 11 dicembre 2003, *Minoan c. Commissione*, causa T-66/99 del 2003; CGUE, 21 settembre 1989, *Hoechst AG v. Commission*, I-2859; CGUE, 22 ottobre 2002, *Roquette Frères v. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, and the Commission of the European Communities*, I-9011; CEDU 18 gennaio 2001; CEDU 16 dicembre 1992, *Niemietz v. Germany*, ricorso n. 13719/88; CEDU 24 luglio 2008, *André et al. v. France*, ricorso 18603/03; CEDU, 16 aprile 2002, *Stes Colas and Others v. France*, ricorso n. 37791/97.

<sup>35</sup> Concorrono al rafforzamento di una relazione collaborativa tra controllori e controllati il potere di diffida riconosciuto da alcune norme settoriali in capo agli ispettori, attraverso il quale viene ammessa la possibilità che irregolarità lievi possano essere sanate prima che siano comminate le sanzioni previste in caso di inadempienza. Vedi in tal senso quanto disposto per le ispezioni negli enti cooperativi ai sensi dell'art. 5, c. 4, del d.lgs. 2 agosto 2002 n. 220; per le ispezioni del lavoro ai sensi degli artt. 12 e 13, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124; per le ispezioni agricole dall'art. 1, c. 3, d.l. n. 91/2004, con previsione introdotta dalla l. di conversione n. 116/2014.

<sup>36</sup> Si pensi, ad esempio, alle ispezioni originate da danni ambientali prodotti da incidenti industriali rilevanti.



richiamano l'attenzione della collettività e sono posti sotto scrutinio dell'opinione pubblica<sup>37</sup>.

Appare, pertanto, significativo porre in evidenza quale sia la correlazione che emerge tra l'esercizio di questa forma di controllo sulle imprese e il principio di trasparenza, con riferimento alle singole fasi dell'azione conoscitiva.

#### *4.1. La trasparenza nella fase pre-ispettiva*

Innanzitutto, si deve osservare che la previsione di pubblicità di cui all'art. 25, d.lgs. n. 33/2013 interviene a monte dell'azione di controllo, fornendo agli operatori economici la piena pubblicità delle procedure, degli obblighi e degli adempimenti cui gli stessi sono sottoposti nell'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Così facendo, tale previsione dovrebbe produrre, quantomeno, due effetti virtuosi che, pur manifestandosi a latere del momento puntuale di esercizio della funzione conoscitiva, sono suscettibili di potenziarne l'efficacia.

In primo luogo, la conoscibilità concorre, indirettamente, a configurare la responsabilità delle imprese in merito ad una autonoma verifica preventiva sugli adempimenti derivanti dalla *check list* degli oneri amministrativi, il cui rispetto è ineludibile a pena di incorrere in comportamenti illegittimi e sanzioni. In questo modo, il principio di trasparenza si pone a servizio e garanzia della legalità, rappresentando un incentivo reputazionale per le imprese virtuose rispetto al mercato e al contesto territoriale di riferimento. Al contempo, la pubblicità riduce le opportunità di elusione del dettato normativo, a loro volta suscettibili di generare fenomeni più ampi di malamistrazione e corruzione. L'accrescimento della visibilità delle procedure si riflette, infatti, sulla trasparenza del processo decisionale e rende più semplice identificare gli scostamenti dall'azione amministrativa vincolata, permettendo quindi di attribuire più agevolmente le connesse responsabilità<sup>38</sup>. La trasparenza agisce qui come «fondamentale mezzo per consentire l'emersione dei fenomeni corruttivi»<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Vedi J. Rowan Robinson. P.Q. Watchman, C.R. Barker, *Crime and regulation*, Edinburgh, 1990, 224 -225.

<sup>38</sup> Su cui A. J. Heinheimer. M. Johnston, V.T. LeVine, *Political corruption. A Handbook*, New Brunswick and London, 1999, 832-833.

<sup>39</sup> Vedi F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, cit., 18. Sul rapporto tra corruzione e controlli, si veda A. Brancasi, *I controlli. Profili generali*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause,*

In secondo luogo, l'obbligo di pubblicare gli elenchi di cui all'art. 25, d.l. n. 33/3013 impone alle amministrazioni di effettuare la mappatura dei controlli di propria competenza. Questo processo, portando ad emersione eventuali duplicazioni nell'oggetto del controllo nonché sovrapposizioni sull'attività svolta dai diversi controllori rispetto ad una medesima impresa, rappresenta un'occasione importante per avviare una più ampia riarticolazione delle funzioni che sia ispirata ai principi di semplicità e proporzionalità. Lo stesso processo permette inoltre di censire quali sono le tipologie di controllo più ricorrenti in relazione alle singole fattispecie e su quali procedure le stesse si fondano, consentendo così di valutare «l'impatto delle misure necessarie a realizzare gli obblighi di informazione sul complesso dell'organizzazione amministrativa»<sup>40</sup> e, quindi, l'opportunità di eventuali modifiche di tipo organizzativo<sup>41</sup>.

#### 4.2. La trasparenza nella fase di accesso ai luoghi

Il principio di trasparenza può assumere un valore rilevante anche nel corso dei procedimenti di controllo.

Anche con riferimento a questo aspetto è particolarmente utile prendere in considerazione il caso delle ispezioni, laddove la diffusa conoscibilità dei dati e delle informazioni relativi alle imprese, ottenuta dall'uso (anche incrociato) di apposite banche dati, permette di impostare una corretta programmazione degli accessi ordinari, valorizzando l'azione pubblica già nella fase pre-ispettiva.

*prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 337, e R. Cifarelli, *Corruzione "amministrativa" e controlli: spunti di riflessione*, in *Amm. camm.*, 2013.

<sup>40</sup> Si legga M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 3-4, 683.

<sup>41</sup> Occorre, d'altro canto, considerare che, dal punto di vista delle amministrazioni, la disposizione di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 33/2013 comporta un'attività esecutiva onerosa e complessa che si fonda sia sulla ricognizione problematica degli atti normativi, regolamentari o amministrativi nei quali sono dettagliate le procedure di controllo, sia sul necessario coordinamento con le altre amministrazioni fra cui, in alcuni casi, sono frammentate le competenze che incidono sui medesimi ambiti materiali ma con profili diversi (è tipico il caso delle ispezioni in materia di lavoro) o, comunque, con il coinvolgimento di più soggetti istituzionali (si pensi al ruolo di crescente ausilio richiesto alla Guardia di finanza). Potrebbe, quindi, verificarsi una difficoltà oggettiva nell'individuare «in modo dettagliato e facilmente comprensibile» gli obblighi e gli adempimenti, come richiesto dalla norma. A ciò deve aggiungersi che la mancata previsione da parte dell'art. 25 di una sanzione in caso di inadempimento da parte delle amministrazioni non concorre ad incentivare il rispetto del vincolo di pubblicazione.

Quanto affermato rileva, quantomeno, sotto tre profili.

Innanzitutto, è nella fase richiamata che può essere valutata la stessa convenienza del ricorso all'ispezione, quale strumento per l'acquisizione autoritativa di conoscenza necessaria a realizzare il controllo. Rispetto a tale aspetto, l'amministrazione precedente è, infatti, tenuta ad effettuare una ponderazione che tenga conto anche del rapporto tra il costo dell'accesso ispettivo e la misura del danno potenziale derivante per il sistema amministrativo in ragione dello scostamento dagli obblighi normativi: se il primo risulta maggiore del secondo, infatti, le ispezioni diventano non solo inutili ma anche antieconomiche<sup>42</sup> e, pertanto, il controllo deve essere garantito attraverso strumenti alternativi<sup>43</sup>.

In secondo luogo e con riferimento all'oggetto del controllo, la valorizzazione della fase pre-ispettiva nel senso descritto rafforza, in specie nell'attuale contesto di crescente scarsità delle risorse disponibili da impiegare per l'esecuzione delle verifiche, l'importanza che deve essere accordata ad una classificazione preventiva dei soggetti che saranno destinatari degli accessi in ragione del grado di rischio, alla luce della quale le azioni di verifica possono essere orientate in modo selettivo e puntuale.

In terzo luogo, una conoscenza quanto più possibile approfondita dell'oggetto del controllo permette all'amministrazione di selezionare con puntualità i soggetti cui conferire il compito di svolgere la verifica ispettiva, ciò anche valutando l'opportunità di avvalersi di ispettori esterni al proprio organico come accade nelle ipotesi di crescente avvalimento della Guardia di Finanza<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Come sostiene M. Bombardelli, *Le ispezioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1989, 4, 1140.

<sup>43</sup> In proposito, vedi F. Blanc, *Inspection reforms: Why How and with what Results*, OECD paper, OECD Publishing, 2012, 16 ss.

<sup>44</sup> È quanto accade, ad esempio, nelle ispezioni in materia di concorrenza e in quelle in materia tributaria, laddove le norme di riferimento ammettono tale possibilità di collaborazione. Ma anche il d.lgs. n. 68/2001, che ha adeguato i compiti della Guardia di Finanza in attuazione dell'art. 4, l. n. 78/2000, ha definito il Corpo come «forza di polizia ad ordinamento militare con competenza generale in materia economica e finanziaria» (art. 1) e ha sancito espressamente la funzione di collaborazione, previa intesa, con gli organi istituzionali, le autorità indipendenti e gli enti di pubblico interesse (art. 3, c. 1). Tale previsione è stata ulteriormente ribadita dall'art. 22 della l. n. 262/2005, recante norme di tutela del risparmio e di disciplina dei mercati finanziari, a mente del quale «nell'esercizio dei poteri di vigilanza informativa e ispettiva» talune autorità indipendenti possono avvalersi della Guardia di Finanza per obiettivi connessi agli accertamenti istruttori. Il fatto che, nella prassi, si tratti di una facoltà di cui le amministrazioni interessate si sono avvalse con costanza è dimostrata anche dall'evoluzione graduale dell'articolazione organizzativa della Guardia di finanza in

Ancora, nel corso dell'ispezione la conoscibilità, da parte dell'impresa, dei poteri di cui dispongono gli ispettori e delle loro attribuzioni rispetto all'oggetto puntuale del controllo concorre alla garanzia dell'instaurazione di un corretto contraddittorio<sup>45</sup>. Riguardo a tale profilo, può assumere un ruolo significativo l'adozione di codici di comportamento degli ispettori, adottati ad integrazione e specificazione del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62<sup>46</sup>. La considerazione rileva, in particolare, quando l'ispezione comporta la dequotazione di alcuni degli elementi di garanzia previsti, in generale, dalla l. n. 241/1990, come accade nell'ipotesi in cui la comunicazione di avvio del procedimento agli interessati avvenga contestualmente all'inizio della fase di accesso ai luoghi dell'impresa oppure sia disposta in un momento successivo.

Pur essendo di portata generale, infatti, l'obbligo della comunicazione di avvio contenuto nella l. n. 241/1990 non può trovare applicazione incondizionata nelle attività ispettive, dove viene mitigato attraverso l'eccezione prevista dall'art. 7, c. 1, a mente del quale, la medesima comunicazione può essere omessa o differita qualora «sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento»<sup>47</sup>. L'orientamento ha trovato, peraltro, conferma nella giurisprudenza per la quale il contraddittorio si considera legittimamente instaurato anche nel caso in cui manchi la comunicazione di avvio o la stessa sia notificata in un momento successivo al concreto svolgimento delle azioni materiali di accertamento<sup>48</sup>. In proposito, occorre, inoltre, considerare che la disciplina sulla partecipazione non esclude espressamente che la comunicazione di avvio del procedimento sia preceduta da controlli, accertamenti e ispezioni svolti senza la presenza dell'interessato: quest'ultimo potrà, infatti, essere informato di tali

nuclei ispettivi specializzati nel supporto nei diversi ambiti materiali. In proposito, vedi M. De Benedetto, *Il procedimento amministrativo tributario*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 138.

<sup>45</sup> Così, ad esempio, l'art. 7, d.m. 6 dicembre 2004 in materia di ispezioni sugli enti cooperativi.

<sup>46</sup> Vedi il già citato Codice di comportamento ad uso degli ispettori del lavoro, approvato con decreto direttoriale del 15 gennaio 2014, che contiene indicazioni dettagliate sui modi di svolgimento sia dell'attività propedeutica agli accertamenti in loco (Capo II), sia dell'accesso ispettivo vero e proprio (Capo III). In precedenza, vedi il *Codice di comportamento per il personale INPS inquadrato nel profilo di "ispettore di vigilanza"*, allegato alla circolare n. 60 del 20 aprile 2006.

<sup>47</sup> Questa eccezione sembra adatta, in specie, alle ispezioni disposte a seguito di incidenti rilevanti o di gravi inadempimenti da parte dell'impresa che possano arrecare danni all'incolumità pubblica.

<sup>48</sup> Vedi Tar Toscana, II, 3 agosto 2012, n. 1437, e, in precedenza, Tar Puglia, I, 24 gennaio 2006, n. 488.

attività in un momento successivo, quando potrà intervenire e conoscere gli atti procedurali, per poi accogliere oppure contestare le risultanze degli accertamenti compiuti. In questa ipotesi, che può verificarsi ad esempio con riferimento alle ispezioni periodiche che constano di più accessi, i rapporti e le relazioni finali sono stati ritenuti atti presupposti per l'apertura di un successivo procedimento<sup>49</sup>.

### **5. La relazione tra il principio di trasparenza e le procedure di controllo: criticità**

La relazione tra trasparenza amministrativa e controlli sulle imprese può, però, non essere sempre pacifica.

La problematicità di questo rapporto potrebbe emergere, in primo luogo, con riferimento alla fase di rendicontazione del controllo, durante la quale gli ispettori sono tenuti a redigere l'atto o gli atti dichiarativi (nel caso di ispezioni complesse che abbiano richiesto più accessi) che contengono gli elementi utili alla cognizione dei fatti accertati. Questi documenti, che solitamente hanno la forma di verbali o relazioni, detengono una chiara funzione di garanzia del diritto di difesa degli ispezionati poiché contengono i dati e le informazioni utili alla costruzione della motivazione sulla base del quale viene formulato il giudizio di controllo e, qualora questo sia negativo, viene predisposta la conseguente misura da adottare. La considerazione esposta presenta, chiaramente, un'incidenza maggiore nel momento in cui le risultanze dell'ispezione portano alla comminazione di misure con carattere sanzionatorio o impeditivo<sup>50</sup>.

A riguardo, si deve considerare che, nonostante gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 25, d.lgs. n. 33/2013 non riguardino gli esiti dei controlli, ai sensi dell'art. 4, c. 3, del medesimo decreto «le pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti che non hanno l'obbligo di pubblicare»<sup>51</sup>.

Ma lo stretto legame che sussiste tra la tutela degli ispezionati e gli atti

<sup>49</sup> A riguardo, vedi Cons. St., V, 5 marzo 2003, n. 1224, e Tar Puglia, I, 24 settembre 2003, n. 3591.

<sup>50</sup> Per le tipologie di misure che possono essere applicate in esito ad un giudizio di controllo si rinvia a G. D'Auria, *I controlli*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 2012, 487.

<sup>51</sup> In tal caso, le amministrazioni sono vincolate comunque al rispetto di eventuali limiti e condizioni imposti da disposizioni di legge nonché ad omettere la pubblicazione di dati personali eventualmente presenti così da rendere anonimi i documenti interessati.

contenenti le risultanze del controllo non implica che le imprese coinvolte dall'azione di verifica abbiano sempre un interesse alla loro pubblicità diffusa nell'ottica di garantire il principio di trasparenza. Al contrario, la conoscibilità delle risultanze istruttorie da parte della collettività potrebbe dare luogo ad un danno (anche di tipo reputazionale) se, per esempio, emergesse successivamente l'infondatezza di una procedura di controllo che, in un primo momento, aveva indicato la mancata conformità a taluni obblighi o adempimenti<sup>52</sup>.

Ancora, nel momento in cui l'avvio dell'ispezione si deve ad una segnalazione o ad un esposto di terzi, l'accesso agli esiti ispettivi da parte dell'impresa potrebbe compromettere la posizione giuridica di coloro che hanno fornito all'amministrazione le informazioni in base alle quali sono stati avviati gli accertamenti. È significativo, in tal senso, soffermarsi sul rapporto tra diritto di accesso *ex art. 22 ss., l. n. 241/1990* e atti ispettivi con riferimento a due settori significativi, quali le ispezioni in materia di lavoro e quelle tributarie<sup>53</sup>.

Nel primo caso, i limiti del diritto di accesso ai documenti certativi del controllo sono oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale in relazione, particolarmente, alle dichiarazioni rese dai lavoratori nel corso delle ispezioni. Il giudizio circa la legittimità dell'accesso a tali atti, infatti, è stato oggetto di orientamenti contrapposti che hanno oscillato tra la sua negazione per motivi di riservatezza e il suo accoglimento, considerato funzionale all'esercizio del diritto di difesa dei datori di lavoro<sup>54</sup>. Il primo orientamento

<sup>52</sup> La posizione degli ispezionati è, in tal senso, di segno opposto rispetto a quella dei controllori per i quali sussiste sempre l'interesse a conoscere i dati relativi alle verifiche già effettuate, in specie quelli relativi agli esiti, ciò al fine di effettuare la programmazione dei futuri accessi anche applicando i criteri del *risk approach* nonché di realizzare un efficace coordinamento tra tutte le amministrazioni titolari di funzioni di controllo nelle diverse aree di intervento.

<sup>53</sup> Con riferimento ai documenti cui ci si è riferiti non è, invece, esercitabile l'accesso civico di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013. Come noto, infatti, la possibilità di avvalersi di questo strumento è legittimamente esercitabile solo se sussiste un obbligo puntuale di pubblicazione documentale che, ad oggi, non è previsto con riferimento agli atti di rendicontazione dei controlli, i quali sono resi noti alle sole imprese direttamente interessate. La relazione tra accesso civico e accesso tradizionale e le differenze che sussistono tra questi due strumenti sono oggetto di discussione in Cons. St., VI, 20 novembre 2013, n. 5515.

<sup>54</sup> Hanno inizialmente sostenuto il diniego di accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori durante le ispezioni Tar Veneto, I, 25 marzo 1995, n. 456; Tar Veneto, I, 25 marzo 1995, n. 456 e Tar Lombardia, 4 maggio 1996, n. 497. Successivamente si è, invece, affermata la prevalenza del diritto di difesa sulle esigenze di riservatezza (Tar Lazio, III, 28 giugno 2002, n. 6029) e, su questa scia, sono state disapplicate alcune norme regolamentari limitative dell'accesso (Tar Lombardia, III, 08 marzo 2007, n. 405).

è quello che, allo stato attuale, appare ormai consolidato come emerge anche dalla più recente giurisprudenza amministrativa<sup>55</sup>.

La relazione tra ispezioni e diritto di accesso è stata al centro di decisioni rilevanti anche in materia tributaria, laddove si è evidenziato un contrasto tra la previsione di cui all'art. 24, c. 1, lett. b), l. n. 241/1990, che indica espressamente i procedimenti tributari tra quelli sottratti all'accesso, e la giurisprudenza amministrativa, giunta talvolta a conclusioni opposte<sup>56</sup>. A ciò deve aggiungersi che l'amministrazione cui è rivolta l'istanza di accesso potrebbe aver adottato un proprio regolamento per indicare ulteriori atti sottratti alla conoscibilità in ragione delle sue specifiche competenze, come permesso dall'art. 24, c. 2, della medesima l. n. 241/1990<sup>57</sup>.

In secondo luogo, l'indicazione preventiva dei tempi e dei modi delle

<sup>55</sup>Vedi Cons. St., VI, 31 luglio 2013, n. 4035, di conferma del precedente Tar Lazio, III, 9 gennaio 2013, n. 168, che ha ribadito la legittimità del diniego opposto dall'amministrazione nei confronti di un imprenditore, giudicando il diritto alla difesa di quest'ultimo recessivo rispetto alla tutela della riservatezza dei lavoratori, al fine di salvaguardare possibili azioni pregiudizievoli nei confronti dei lavoratori impiegati nella medesima impresa. In merito, vedi anche la circolare n.43/2013 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Sul tema più in generale, vedi F. Elefante, *Il difficile bilanciamento tra il diritto di accesso agli atti ispettivi dei datori di lavoro e la riservatezza dei lavoratori: la discovery delle dichiarazioni rese agli organi di vigilanza in materia di lavoro e previdenza sociale*, in *Giust. civ.*, 2009, 12, 2884, e M. Sferrazza, *L'accesso agli atti ispettivi tra diritto di difesa e interesse pubblico alla tutela dei rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 3, 741 ss.

<sup>56</sup> Da un lato, infatti, si è sostenuto che l'accesso deve essere negato di fronte a documenti oggetto di un procedimento penale o costituenti atti di indagine assunti a seguito di una *notitia criminis* per la quale l'autorità giudiziaria sta procedendo (v. Cons. St., VI, 9 dicembre 2008, n.6117, e, Cons. St., VI, 29 luglio 2009, n. 4716). Si è ragionato in modo simile anche per l'ipotesi di atti afferenti ad un procedimento tributario in senso proprio, nell'ambito del quale il diniego di accesso troverebbe fondamento nella *ratio* della procedura di accertamento e di definizione degli illeciti tributari: così Cons. St., IV, 21 ottobre 2008, n. 5144. La giurisprudenza più recente, invece, ha in più occasioni ribadito l'accessibilità degli atti interni, delle denunce, degli atti di iniziativa e degli esposti, nonostante la previsione di segno contrario contenuta nella legge sul procedimento. Così Cons. St., IV, 19 gennaio 2012, n. 231 (su cui vedi P. Burla, R. Baboro, *Diritto di accesso agli atti del procedimento di accertamento tributario*, in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2012, 7, 607 ss.); Cons. St., IV, 16 settembre 2011, n. 5241; Cons. St., IV, 25 giugno 2007, n. 3601; Cons. St., V, 19 maggio 2009, n. 3081.

<sup>57</sup> È quanto accaduto, per esempio, sia in materia di lavoro, laddove il d.m. n. 757/1994 ha inserito fra i documenti non accessibili quelli contenenti le richieste di intervento degli ispettori del lavoro e quelli relativi a notizie acquisite nel corso delle attività ispettive quando dalla loro divulgazione derivano azioni discriminatorie, indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi, sia in ambito di revisioni delle cooperative, poiché il decreto ministeriale 6 dicembre 2004 ha sottratto all'accesso i verbali di revisione con i relativi allegati per un termine di cinque anni nonché le richieste di intervento della vigilanza ispettiva.

ispezioni, rispetto alla quale si può riproporre il ragionamento svolto con riguardo alla facoltà opzionale di pubblicazione riconosciuta all'amministrazione dall'art. 4, c. 3, d.lgs. n. 33/2013 in rapporto agli esiti dei controlli, può pregiudicare la possibilità di prevedere controlli a sorpresa. L'assenza nel nostro sistema di un principio generale di programmazione degli accessi nonché la possibilità per l'amministrazione di ordinare ispezioni sulla base di segnalazioni di terzi e su iniziativa d'ufficio rendono, invece, questa modalità di verifica frequentemente ed efficacemente utilizzata<sup>58</sup>. L'ispezione senza preavviso permette, infatti, all'amministrazione di condurre la propria attività conoscitiva senza che il comportamento dell'impresa possa, in qualche modo, inficiarne volutamente gli esiti. Notiziando previamente gli ispezionati, infatti, l'esito dell'accertamento potrebbe essere compromesso irrimediabilmente<sup>59</sup>.

In tal senso, gli atti istruttori che precedono l'eventuale emanazione di atti conformativi o sanzionatori «debbono caratterizzarsi per l'elemento sorpresa poiché, laddove il soggetto controllato sapesse in anticipo di essere sottoposto a controllo potrebbe alterare gli elementi di fatto che normalmente incidono» sull'attività produttiva svolta, così inibendo di fatto l'efficacia del controllo<sup>60</sup>. La divulgazione in anticipo dei tempi e dei modi dell'ispezione è, dunque, un evidente ostacolo al raggiungimento della finalità per cui tale strumento viene utilizzato. Le attività ispettive sono, infatti, «attività il cui scopo non potrebbe essere raggiunto se le informazioni concernenti i rispettivi tempi e modi fossero divulgate in anticipo». Tuttavia, proprio a causa delle caratteristiche che queste stesse attività presentano, le norme sanciscono di frequente l'inopponibilità del segreto amministrativo da parte degli uffici sottoposti al medesimo controllo<sup>61</sup>.

Nelle ipotesi considerate, quindi, la trasparenza potrebbe paradossalmente portare al fallimento del controllo o, quantomeno, potrebbe ostacolarne la piena efficacia.

<sup>58</sup> Si pone, però, il problema di valutare preventivamente la fondatezza delle segnalazioni che pervengono alle amministrazioni, onde evitare di disporre l'avvio di una procedura ispettiva a fronte di un esposto privo di fondamento. In quest'ottica, è interessante rinviare al *Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi* dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, adottato con provvedimento del 4 agosto 2011, il cui art. 2 stabilisce nel dettaglio i modi di catalogazione e di esame delle istanze pervenute da parte di terzi con le quali è richiesta l'indizione di un'azione di controllo.

<sup>59</sup> Vedi V. Tenore, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, Milano, 1999, 71.

<sup>60</sup> Il richiamo è a TAR Toscana, II, 3 agosto 2012 n. 1437, riferita a ispezioni eseguite per verificare i livelli di inquinamento acustico.

<sup>61</sup> Come ricorda G. Arena, *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, Padova, 1984, 235.



## 6. Conclusioni

È ora possibile tornare al punto di avvio del ragionamento svolto, al fine di fornire alcune indicazioni utili in merito agli interrogativi posti.

Innanzitutto, quanto alla “dimensione” della trasparenza, la pubblicità come prevista dal d.lgs. n. 33/2013 se appare funzionale, nei termini descritti, a monte dell’avvio della procedura di controllo e, almeno in parte, nella fase pre-ispettiva, non prende invece in considerazione ulteriori profili significativi emergenti durante l’accesso e nella fase della sua rendicontazione. Qui, forse, occorrerebbe quantomeno esplicitare in modo chiaro l’obbligo della conoscibilità, da parte delle imprese, dei poteri riconosciuti agli ispettori rispetto al singolo accesso e allo specifico oggetto del controllo.

Dovrebbero, inoltre, essere individuate le ipotesi in cui sottoporre a pubblicità gli atti di registrazione delle risultanze ispettive, in specie nelle ipotesi in cui sono correlate con eventi di particolare rilevanza per l’opinione pubblica e la dimensione sociale. Un’opzione possibile potrebbe essere quella di rendere conoscibile il contenuto degli atti dichiarativi in modo differenziato, notificandoli per intero all’impresa e solamente nelle loro conclusioni ai cittadini che abbiano rivolto all’amministrazione una tradizionale richiesta di accesso ai documenti ai sensi degli art. 22 e seguenti della l. n. 241/1990. In questo modo, qualora ve ne fosse il rischio, andrebbe comunque limitata la diffusione di dati aziendali da cui potrebbe, potenzialmente, derivare un qualche pregiudizio per l’attività produttiva e il relativo segreto industriale.

Si pone, in altre parole, il problema di contemperare l’istanza di trasparenza con la sua efficiente applicazione alle procedure di controllo sulle imprese che constano di attività amministrativa materiale, come avviene per le ispezioni. Il problema si pone con particolare evidenza, rispetto ai vincoli che la trasparenza può imporre durante il divenire stesso dei controlli.

Osservazioni non dissimili possono essere sviluppate con riguardo alla specificità che si pone nella diffusione, pubblicazione e conoscibilità dei risultati del controllo, che può talvolta cagionare danni agli interessi di cui sono portatori sia le imprese, sia soggetti terzi in vario modo coinvolti dall’attività conoscitiva.

È inevitabile, quindi, che l’amministrazione procedente debba interrogarsi, di volta in volta, su quale sia il corretto punto di bilanciamento tra le istanze di trasparenza amministrativa e quelle di efficacia dei procedimenti di controllo, individuando un equilibrio che deve essere rintracciato adattando, in modo flessibile ma nell’ambito della loro legittimità, gli strumenti conoscitivi alle necessità del caso concreto.

D'altro canto, però, non vi è dubbio che il principio di trasparenza amministrativa presenti una chiara capacità di condizionare tutte le fasi dell'azione conoscitiva svolta a fini di controllo, in particolare con riferimento alle ispezioni.

Questa capacità è bivalente poiché, da un lato, è funzionale a garantire l'azione amministrativa nella fase pre-ispettiva e, dall'altro, supporta le imprese nella fase di esercizio del controllo, ciò anche quando i poteri che l'amministrazione può esercitare sono puntualmente indicati in norme di riferimento. La trasparenza permette, infatti, di accrescere nel complesso le informazioni di cui le imprese dispongono rispetto alle procedure di controllo di cui le stesse sono destinatarie e, di conseguenza funge da principio in grado di accrescere la collaborazione tra le parti, così contribuendo alla costruzione di una relazione fondata su un maggior grado di fiducia reciproca.

Il rapporto tra trasparenza amministrativa e controlli sulle imprese dimostra, pertanto, come sia possibile avvalersi di una lettura del principio in questione che valorizzi l'accessibilità totale dei dati e delle informazioni non solo in quanto strumento diretto a coadiuvare e favorire l'azione amministrativa, bensì anche quale mezzo di supporto per le attività imprenditoriali.

Le due interpretazioni accolte per la trasparenza non incidono, però, su un elemento di fondo che caratterizza, quale costante, il significato stesso di tale criterio generale ovvero la sua funzionalizzazione al rafforzamento del grado di *accountability* esterna dell'amministrazione nei confronti della collettività. Questo carattere, infatti, persiste in entrambi i casi, mutando semmai solo in termini dimensionali. Infatti, quando l'accessibilità totale è di supporto alle imprese ai fini della conoscibilità dei processi di controllo, è solo nei riguardi di questa categoria di soggetti che l'*accountability* assume un rilievo precipuo. Diversamente, quando la trasparenza è servente all'amministrazione, l'obbligo di rendere conto delle decisioni assunte e di rispondere per i risultati conseguiti rileva nei confronti della collettività nel suo complesso, assumendo la valenza tradizionale ad essa riconosciuta dal d.lgs. n. 33/2013.

#### *Abstract*

*The paper describes the relation between the transparency principle and administrative controls on privately-owned companies. The analysis is inspired by some of the provisions set out in the Italian Code of Transparency (adopted by Legislative Decree no. n. 33/2013), and it questions if the application of the principle of transpa-*

## **trasparenza e controlli sulle imprese**

*rency may affect the single steps of the audit proceedings. It is argued, in particular, that transparency, intended as dissemination of information and data to the public in accordance with the new Code, is functional to a more effective initial phase, including preliminary investigations, in audit proceedings. The article shows that the code of transparency, however, does not affect the performance of the control phase, nor on that of his reporting. In this field, there is still the need to make explicit at companies the powers granted to inspectors with respect to the individual access, as well as the specific object of control. Moreover, the results of inspections should be subject to publication, especially in cases where related to events of major importance for the public and the social dimension. Hence, it could be inferred the need to balance the matter to the full accessibility with the level of transparency applied to the control procedures and to the production, publication and disclosure the results of control. This is an important decision that could result in harm to the interests of companies and of third parties involved in the administrative action.*



# OPINIONI

SERGIO MAROTTA

## LA SPENDING REVIEW NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: NECESSITÀ DI RAZIONALIZZARE, VOLONTÀ DI PRIVATIZZARE

SOMMARIO: 1. Un'istruttoria carente. – 2. La «depubblicizzazione» dei servizi pubblici locali. – 3. La patologica moltiplicazione delle partecipate locali. – 4. Contro il capitalismo municipale.

### 1. Un'istruttoria carente

Nell'introduzione al documento *Analisi di alcuni settori di spesa pubblica* elaborato nel marzo 2013 dal Ministero per i rapporti con il Parlamento, Piero Giarda scrive: «nei quattro anni dal 2008 al 2012, con un tasso di crescita risultato inferiore al tasso d'inflazione, la spesa totale al netto degli interessi in termini reali si è ridotta del 3,8 per cento, la spesa per consumi pubblici del 7,7 per cento e la spesa in conto capitale del 24,7 per cento»<sup>1</sup>. Nella medesima introduzione si rileva che una tale riduzione della spesa pubblica è comparabile soltanto a quanto avvenuto in Italia dal 1991 al 1995, cioè gli anni in cui l'Italia subiva gli effetti di una profonda crisi dei mercati che costrinse l'allora governo Amato a intervenire con una tassa sui conti correnti degli italiani per recuperare la liquidità senza la quale l'Italia sarebbe venuta meno ai propri impegni andando in default.

La ricetta dell'Italia per affrontare la crisi da un quarto di secolo a questa parte è sempre la stessa: tagliare la spesa pubblica sulla base dell'urgenza del momento, sotto la pressione dei mercati e dello spread per ottenere effetti immediati senza alcuna considerazione per il cosiddetto «merito allocativo».

Così, mentre la crisi dell'inizio degli anni Novanta aprì la strada a una generalizzata privatizzazione dei più importanti servizi pubblici statali, la nuova fase di prolungata crisi finanziaria apertasi nel 2008 sembra preludere,

<sup>1</sup> P. Giarda, *Introduzione*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministro per i rapporti con il Parlamento delegato per il programma di Governo, *Analisi di alcuni settori di spesa pubblica*, marzo 2013, 5.

dopo ulteriori pesantissimi tagli alla spesa pubblica di livello statale, a una generalizzata privatizzazione dei servizi pubblici locali.

Il documento redatto dal Commissario Straordinario per la Revisione della Spesa Carlo Cottarelli e dal suo staff intitolato “Programma di razionalizzazione delle partecipate locali” va nella medesima direzione finora seguita, rinviando al futuro qualsiasi considerazione che non attenga strettamente alla necessità di far cassa.

Dal documento non si apprende nulla di nuovo rispetto a ciò che già era ampiamente noto sul tema degli sprechi e delle inefficienze nel settore dei servizi pubblici locali.

I dati utilizzati nel documento sono, infatti, quelli ufficiali del Ministero dell’Economia e Finanze che costituiscono la fonte principale dello studio, fermi al 31 dicembre 2012, integrati con altre banche dati quali quella della Corte dei Conti e quella del Cerved, società partecipata delle Camere di Commercio.

Non vi è nulla di nuovo: né dati specificamente raccolti dal gruppo di lavoro, né un’analisi economica approfondita sugli effetti dei processi di liberalizzazione e privatizzazione nel settore dei servizi pubblici locali degli ultimi anni, né uno studio sulla qualità dei servizi offerti, né un approfondimento sul come e perché i principali servizi pubblici locali a rilevanza economica, acqua, luce, gas, trasporto pubblico locale, producano perdite – o utili – per gli enti locali proprietari.

Che il settore delle partecipate degli enti locali fosse un settore largamente funestato da sprechi e inefficienze è stato ampiamente documentato da inchieste giornalistiche che hanno riempito pagine di giornali e centinaia di puntate di seguitissimi programmi televisivi.

L’unico elemento di novità del documento del Commissario per la revisione della spesa sembra consistere nell’utilizzazione generalizzata del Roe, cioè di un indice esclusivamente economico che definisce la redditività del capitale investito. Si scopre – o meglio si trova conferma – che, al 31 dicembre 2012, un quarto delle società partecipate dagli enti locali è in perdita o ha addirittura un capitale negativo.

Si tratta, dunque, di un documento di politica economica più che di un documento tecnico e, come documento di politica economica, propone una soluzione a senso unico: la dismissione delle partecipate comunali e la riduzione del perimetro delle attività degli enti pubblici locali. Il documento è largamente condizionato da teorie economiche liberiste risalenti agli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso e utilizza per l’analisi dell’efficienza delle partecipate un parametro che può essere certamente adatto ad analizzare la redditività di imprese commerciali tendenti alla pro-

duzione di utili sul libero mercato, ma non riesce certamente a tener conto delle caratteristiche specifiche di imprese, di proprietà pubblica o privata, che operino nel settore dei servizi pubblici locali. Tale settore presenta, infatti, caratteristiche specifiche sia dal punto delle scienze economiche che da quello delle scienze giuridiche. I servizi pubblici locali, in genere, hanno caratteristiche economiche che li avvicinano ai cosiddetti monopoli naturali mentre, dal punto di vista giuridico, presentano caratteristiche specifiche legate all'essenzialità dei servizi stessi, all'incidenza sui diritti di cittadinanza e alla necessità di garantirne l'accesso anche per le fasce deboli della popolazione e, dunque, immediatamente riconducibili al «merito allocativo» piuttosto che alle necessità del breve periodo.

Si potrebbe sostenere che un Commissario straordinario per la revisione della spesa che si occupi di partecipate locali non possa suggerire nient'altro che tagli.

Eppure il documento Cottarelli appare fondato sulla convinzione – ancora tutta ideologica – che il privato faccia meglio del pubblico basata esclusivamente su un persistente *mainstream* liberista piuttosto che su una analisi obiettiva. A conferma di ciò, un'opposta lettura dei medesimi dati utilizzati dal documento Cottarelli – peraltro suggerita in un'intervista televisiva dal Sindaco di Torino e presidente dell'Anci, Piero Fassino – induce a riflettere sul fatto che se un quarto delle società partecipate locali sono in perdita, i tre quarti di tali società producono utili che costituiscono fonte di finanziamento per gli ormai esangui bilanci degli enti locali. D'altra parte se per i Comuni più ricchi, generalmente situati nel Nord e nel Centro, i servizi pubblici locali sono un'occasione per sostituire i continui tagli nei trasferimenti statali mediante gli utili ricavati dalla gestione, nei Comuni più poveri, generalmente situati nel Sud e nelle isole, l'intervento pubblico serve ad assicurare l'esistenza stessa dei servizi e la loro accessibilità da parte della popolazione. In altre parole in alcune zone del Paese, senza l'intervento pubblico alcuni servizi pubblici locali semplicemente non esisterebbero.

La conferma dell'impostazione a senso unico in direzione della privatizzazione del documento Cottarelli risulta evidente in diversi luoghi del testo e, soprattutto, in alcuni suoi passaggi fondamentali.

Il documento chiarisce subito che «Il primo punto è dare piena attuazione alla norma (introdotta con la legge finanziaria del 2008) per cui le partecipate devono agire strettamente entro i compiti istituzionali dell'ente pubblico partecipante, evitando di produrre beni e servizi che il settore privato può offrire».

Salvo poi a precisare in nota, qualora a qualcuno non fosse chiaro, che per privato s'intende «la proprietà da parte di soggetti privati e non la pro-

prietà in forma privatistica da parte di un soggetto pubblico». Non società solo formalmente private a totale capitale pubblico, ma privato «vero».

Tanto più che il problema non è, come ammettono candidamente gli stessi autori del documento, l'efficientamento delle partecipate esistenti bensì la loro drastica riduzione dalle attuali 8000 a 1000. Concetto, peraltro, ripreso dal presidente del Consiglio Matteo Renzi in un tweet del 14 aprile scorso puntualmente riportato all'inizio del documento a mo' di epigrafe.

Si tratta, dunque, di restringere il perimetro di attività delle pubbliche amministrazioni e di imporre agli enti locali l'obbligo di esternalizzazione – cioè il ricorso al mercato – per tutti i servizi pubblici locali.

Secondo i piani di Cottarelli questa operazione dovrebbe avvenire nei prossimi tre anni. Il che significa che, tolte le società inutili o esistenti solo sulla carta – che pure sono oltre un migliaio – e risanate quelle che producono le maggiori perdite con appositi piani di rientro approvati dal governo centrale, le altre 7000 partecipate degli enti locali italiani andranno poste sul mercato e cedute ai privati.

## **2. La «depubblicizzazione» dei servizi pubblici locali**

Il piano Cottarelli si pone in perfetta continuità con le politiche di privatizzazione realizzate in Italia negli ultimi venticinque anni e porta a termine un complesso percorso di «depubblicizzazione» dei servizi pubblici locali iniziato negli anni Novanta e che, con alterne vicende, si è protratto per quasi un quarto di secolo.

A differenza dei servizi pubblici di livello nazionale, per i servizi pubblici locali si è trattato, infatti, di realizzare un processo di liberalizzazione e di privatizzazione assai complesso sia dal punto di vista economico che giuridico.

Dal punto di vista economico il problema dell'introduzione dei principi della libera concorrenza appare sin dall'inizio di difficile soluzione in quanto i servizi pubblici locali, in primo luogo quelli a rete, hanno le caratteristiche del cosiddetto monopolio naturale. Il problema è stato risolto introducendo l'idea che la libera concorrenza vada introdotta nel settore mediante cicliche gare per l'affidamento del servizio. Per questo, si è cominciato a parlare di concorrenza *per* il mercato anziché di concorrenza *nel* mercato.

Dal punto vista giuridico, poi, la questione si è dimostrata ancor più ostica dal momento che disarticolare i servizi pubblici locali dalla pubblica amministrazione di cui costituivano, da circa un secolo, un vero e proprio braccio organizzato in forma aziendale, si è dimostrata operazione ben più



difficile del previsto. Ci son voluti numerosi interventi legislativi e diverse trasformazioni dei soggetti pubblici gestori che si possono sommariamente riassumere nei seguenti passaggi: con la legge 142 del 1990 è stata conferita autonomia imprenditoriale alle aziende municipalizzate trasformandole in aziende speciali; con successivi interventi legislativi si è incentivata la possibilità di gestire i servizi pubblici locali con società miste dapprima a prevalente capitale pubblico e poi anche a capitale pubblico minoritario; poi si è passati a prevedere forti incentivi fiscali per la trasformazione delle aziende speciali in società di capitali di diritto privato; mentre nel dicembre del 2001 con la legge 448, la finanziaria per il 2002, è stato previsto l'obbligo di esternalizzazione di tutti i servizi pubblici locali e l'obbligo di trasformazione delle aziende speciali rimaste ancora in vita in società per azioni.

### **3. La patologica moltiplicazione delle partecipate locali**

Non si deve dimenticare che la patologica moltiplicazione delle società partecipate dagli enti locali, di cui oggi tanto ci si lamenta, non è che la diretta conseguenza delle decantate riforme degli anni Novanta che avevano modificato l'art. 22 della legge 142/90 in materia di servizi pubblici locali generalizzando la possibilità di gestione mediante società di diritto privato.

Se siamo arrivati a ottomila società – addirittura diecimila secondo la presidenza del Consiglio – è innanzitutto dovuto al fatto che le riforme degli anni Novanta hanno contribuito ad aumentare i costi dei servizi pubblici a livello locale anziché restituire efficienza alle amministrazioni pubbliche come era stato allora sostenuto. Non a caso l'ultimo atto del primo decennio di riforme, peraltro condivise tanto dai governi di centrosinistra quanto da quelli di centrodestra, è stato l'art. 35 della finanziaria per il 2002, la prima del governo Berlusconi, uscito vincitore dalle elezioni politiche del 2001, che prevedeva l'obbligo del ricorso al mercato mediante gara per tutti i servizi pubblici locali.

Se quel disegno non è andato in porto allora, è solo per l'opposizione politica della Lega tesa a difendere le municipalizzate più grandi e più redditizie del centro nord del Paese che rischiavano di perdere le lucrose concessioni affidate loro direttamente dalle amministrazioni locali senza gara e ciò proprio alla vigilia della quotazione in borsa.

Il documento Cottarelli sembra, dunque, voler riprendere il disegno di privatizzazione dell'art. 35 della legge 448/2001 senza tenere in nessun conto quanto avvenuto negli anni successivi e, in particolare, senza tener

conto degli effetti dirompenti che potrebbe avere sui bilanci delle famiglie italiane la completa privatizzazione dei servizi pubblici locali.

Il disegno di privatizzazione, dunque, rimane nella sostanza invariato, solo che stavolta il completamento del processo avviene mediante la cessione a imprenditori privati dei soggetti gestori di proprietà pubblica ovvero mediante l'obbligo di quotazione in borsa per i soggetti di maggiori dimensioni.

Quel che è cambiato rispetto al passato è solo il motivo principale per cui oggi si devono rilanciare le privatizzazioni nel settore dei servizi pubblici locali: «nuove condizioni di stress fiscale vissute dalla finanza pubblica dopo la crisi economico finanziaria del 2008-2010 [...] impongono a tutte le istituzioni pubbliche, in Italia come nel resto d'Europa, una rigorosa azione di riduzione e razionalizzazione delle spese pubbliche, non escluse le stesse spese di investimento»<sup>2</sup>.

Insomma le ragioni della *spending review* sono le ragioni stesse della privatizzazione mediante cessione delle partecipazioni pubbliche e della riduzione del perimetro di attività delle amministrazioni locali.

A ciò si aggiunga che il documento Cottarelli, mentre richiama la legge Giolitti che nel 1903 aveva previsto la possibilità che i cittadini potessero essere direttamente consultati sulla decisione presa dall'amministrazione locale di municipalizzare un determinato servizio, sembra invece ignorare completamente l'esito dei referendum popolari svoltisi il 12 e 13 giugno 2011 in cui oltre ventisei milioni di italiani si sono espressi contro la privatizzazione dei servizi pubblici locali prevista dal cosiddetto decreto Ronchi. Il documento sembra ignorare anche la successiva sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012 che sancisce l'incostituzionalità della riproposizione di una normativa sui servizi pubblici locali contraria alla volontà espressa dagli elettori mediante referendum.

Sia chiaro che nessuno intende difendere carrozzoni inutili e dispendiosi o sprechi di denaro pubblico, per cui ben venga la liquidazione di quelle oltre mille società che esistono solo sulla carta e ben venga la riduzione dei posti nei consigli d'amministrazione e dei compensi per gli amministratori, ben vengano alcuni dei provvedimenti meritoriamente individuati dal documento Cottarelli. Ma deve essere chiaro che il settore dei servizi pubblici locali va trattato con profonda attenzione alla qualità della spesa

<sup>2</sup> F. Bassanini, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, [http://bassanini.it/public/Bassanini\\_Prefazione-SPL\\_public.pdf](http://bassanini.it/public/Bassanini_Prefazione-SPL_public.pdf), 6. È il testo dell'introduzione al libro di ASTRID, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, scritti di C. De Vincenti e A. Vigneri, Maggioli, Rimini, 2011.

poiché le conseguenze di una indiscriminata privatizzazione potrebbero incidere pesantemente sui bilanci delle famiglie già fortemente stressati da un'elevatissima pressione fiscale – anche e soprattutto locale – con gravi ricadute sulla qualità della vita dei cittadini.

### 4. Contro il capitalismo municipale

Alcuni passaggi del documento del Commissario per la *spending review* confermano l'ipotesi che, al di là dell'eliminazione degli sprechi, il vero nemico da battere più che l'inefficienza sia il cosiddetto «capitalismo municipale» o quel che ne resta dopo quasi un quarto di secolo di riforme. L'ultima nota del testo, infatti, per quanto assai sibillina, così recita: «la dismissione di partecipate in profitto ridurrebbe i trasferimenti agli enti partecipanti ma questo verrebbe compensato dal maggior prezzo di vendita delle partecipate stesse. In ogni caso, i profitti lordi delle 7.000 partecipate che potrebbero essere dismesse sono di circa 500 mln contro profitti lordi di circa 1.700 mln per tutte la partecipate, indice del fatto che le partecipate dismesse contribuiscono solo a una parte minoritaria dei profitti del settore».

Con queste affermazioni si lascia chiaramente intendere che oltre all'obiettivo immediato di far cassa cedendo ai privati le 7.000 partecipate degli enti locali, si vuole impedire ai Comuni di potersi finanziare attraverso l'autoproduzione o la gestione diretta di servizi pubblici essenziali senza alcuna considerazione circa la necessità di fornire a tutti i cittadini alcuni servizi che incidono sulla qualità della vita.

Del resto, la presenza di imprese di proprietà pubblica nel settore dei servizi pubblici locali, in Italia come nel resto d'Europa, non è affatto anomala o distorsiva rispetto al mercato, ma è fisiologica soprattutto laddove vi è un forte e sano tessuto economico privato. In altre parole il pubblico si è occupato di offrire servizi a livello locale per famiglie e imprese perché ciò costituiva un fattore produttivo che favoriva anche lo sviluppo dell'impresa privata.

Oggi, in una situazione di prolungata gravissima crisi finanziaria, diventa evidente la contraddizione di un sistema che era sorto per assicurare ai cittadini e alle imprese i servizi essenziali a livello locale ricorrendo alla fiscalità generale e un sistema pubblico locale che, in assenza di trasferimenti statali, tenta di finanziarsi attraverso gli utili prodotti dalle partecipate che offrono servizi in regime di monopolio. Non a caso alcuni di coloro che hanno collaborato alla redazione del documento Cottarelli pongono da

tempo in evidenza che il problema del capitalismo municipale in Italia consiste proprio nella ‘filosofia’ di quei Comuni che considerano gli utili prodotti dalle partecipate locali come fonte di reddito da reinvestire nelle attività istituzionali, non più finanziate a sufficienza mediante trasferimenti dal centro<sup>3</sup>.

Mentre in altri casi, come nel Sud del Paese, la presenza di soggetti pubblici nel settore dei servizi essenziali – sempre che operino in condizioni di efficienza – rimane decisiva per garantire i servizi ai cittadini e alle imprese che in condizioni di libero mercato potrebbero essere offerti a un costo eccessivo o essere del tutto assenti.

*Abstract*

*The document drafted by the Special Commissioner for the Spending Review, Carlo Cottarelli, bears the title of “Local Company Rationalization Plan” and considers privatization and recourse to the market as the only options for better functioning of local public services. These conclusions are based almost exclusively on the analysis of the yield of capitals invested by private and public companies in the sector of local public services. However they lack consideration of the specific characteristics of local public services, which still play an important role in ensuring the minimum quality of life for citizens in some areas of Italy.*

<sup>3</sup> Vd. C. Scarpa, P. Bianchi, B. Bortolotti, L. Pellizzola, *Comuni S.p.A. Il Capitalismo municipale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010.

## NOTE A SENTENZA

CORTE DI GIUSTIZIA, sez. I, 3 ottobre 2013, sentenza C-369/11, Commissione europea contro Repubblica Italiana.

*La Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli articoli 4, paragrafo 1, e 30, paragrafo 3, della direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, non avendo garantito la necessaria «indipendenza di gestione» del gestore dell'infrastruttura per quanto concerne la determinazione delle tariffe per l'accesso alla rete delle imprese ferroviarie.*

CLAUDIO CATALDI

### LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA C-369/11 E LA LIBERALIZZAZIONE «DEBOLE» DEL TRASPORTO FERROVIARIO

SOMMARIO: 1. Dalla riserva a embrionali forme di mercato: la direttiva 91/440/CEE. – 2. Una spinta più decisa verso il mercato: il primo pacchetto infrastrutture. – 3. I ricorsi per inadempimento della Commissione europea. – 4. L'indipendenza del gestore dell'infrastruttura rispetto alla principale impresa di trasporto ferroviario: è ammissibile l'appartenenza al medesimo gruppo societario? – 5. L'indipendenza gestionale del gestore dell'infrastruttura nei confronti dello Stato: la determinazione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura come strumento essenziale di gestione. – 6. L'indipendenza dell'organismo di regolamentazione. – 7. Conclusioni. La liberalizzazione «debole» del trasporto ferroviario.

#### **1. Dalla riserva a embrionali forme di mercato: la direttiva 91/440/CEE**

Per comprendere la portata della sentenza della Corte di giustizia C-369/11<sup>1</sup>, bisogna muovere dal contesto di riferimento, che è quello della progressiva liberalizzazione del trasporto ferroviario<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Corte di giustizia, sez. I, 3 ottobre 2013, C-369/11, Commissione europea c. Repubblica Italiana, commentata, di recente, da A.M. Altieri, *L'indipendenza del gestore della rete ferroviaria nel diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2014, 136 e ss.

<sup>2</sup> Sulla liberalizzazione del trasporto ferroviario: L. Saltari, *Gli obblighi di servizio pub-*

Sino agli anni novanta, non poteva certo dirsi esistente in Europa un mercato del trasporto ferroviario<sup>3</sup>. Il regime dominante era, infatti, quello della riserva statale e della gestione verticalmente integrata del servizio di trasporto e dell'infrastruttura. Cambiavano solo i possibili paradigmi di gestione pubblica del monopolio, che il nostro Paese ha sperimentato, peraltro, nella loro interezza: in una prima fase, il trasporto e l'infrastruttura sono stati gestiti direttamente dallo Stato con un'azienda autonoma, quindi, sono stati gestiti da un ente pubblico economico, infine, sono stati affidati in concessione a una società per azioni pubblica<sup>4</sup>.

Si riteneva, a quel tempo, che l'affermazione del principio di concorrenza potesse compromettere lo svolgimento di servizi di interesse economico generale. Gli aiuti di Stato al monopolista pubblica erano ritenuti, inoltre, legittimi in virtù di quanto previsto dall'art. 73 (ex art. 77), Trattato Ce.

Le inefficienze della gestione pubblica riservata erano, però, di non

*blico nel trasporto ferroviario*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, quaderno n. 36, 2002, S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. Brancasi (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, Il Mulino, 2003, 39 e ss., C. Scarpa, *Il trasporto ferroviario: l'alba di una riforma*, in F. Pammolli, C. Cambini e A. Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2007, 171 e ss., C. Battistini, *Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, fasc. 3, 2010, 571 e ss., D.-U. Galetta e M. Giavazzi, *Trasporti terrestri*, in M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*<sup>2</sup>, Milano, Giuffrè, 2007, parte speciale, tomo IV, 2174 e ss., P. Polimanti, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, in *Amministrazione In Cammino*, rivista elettronica a cura del centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche Vittorio Bachelet, C. Cambini, G. Catalano e A. Savoldi, *L'intervento pubblico nel settore ferroviario*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, 2009, P. Beria e M. Ponti, *Lo stato della regolazione dei trasporti in Italia*, in *Economia e servizi*, n. 3/2009, A. Boitani, *Ferrovie: il lato oscuro delle riforme*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, 2010.

<sup>3</sup> Una ricostruzione completa del regime giuridico di gestione del trasporto ferroviario prima delle riforme degli anni novanta si può trovare in L. Saltari, *Gli obblighi di servizio pubblico nel trasporto ferroviario*, op. cit.

<sup>4</sup> Nel 1905, sotto il Governo Giolitti, lo Stato riscattò le concessioni per l'esercizio delle linee ferroviarie rilasciate a privati ed istituì, con la legge 22 aprile 1905, n. 137, l'Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, che, come si può leggere in M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. primo, 228 e ss., era un'amministrazione autonoma, cioè un organo dello Stato dotato di autonomia organizzativa pur essendo soggetto all'indirizzo politico amministrativo di un Ministro. La legge 17 maggio 1985, n. 210 istituì, in luogo dell'Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, l'ente pubblico economico Ferrovie dello Stato. Con deliberazione del Comitato interministeriale per la programmazione economica del 12 giugno 1992, l'ente Ferrovie dello Stato venne trasformato, infine, in società per azioni. Per una ricostruzione, anche storica, dei paradigmi di gestione pubblica delle ferrovie S. Cassese, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 2014.

## la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario

poco momento: su tutte, l'eccessivo indebitamento del monopolista pubblico e la scarsa competitività del trasporto ferroviario rispetto ad altre forme di trasporto, per via soprattutto degli elevati costi di manutenzione e sviluppo dell'infrastruttura che ricadevano sul servizio di trasporto<sup>5</sup>.

La direttiva 91/440/CEE segna una prima inversione di tendenza in favore di un «mercato» concorrenziale del trasporto ferroviario. I criteri informativi della direttiva sono: l'autonomia gestionale e l'orientamento commerciale delle imprese di trasporto ferroviario<sup>6</sup>; la separazione contabile obbligatoria tra la gestione dell'infrastruttura e il servizio di trasporto ferroviario, con correlativo divieto di sussidi incrociati<sup>7</sup>; il diritto d'accesso alla rete per le associazioni internazionali di imprese ferroviarie che prestino servizi di trasporto internazionali<sup>8</sup>.

L'utilizzo della rete non è più dominio del monopolista pubblico verticalmente integrato, ma sono riconosciuti, seppure in maniera limitata, diritti di accesso alla rete stessa. Le imprese di trasporto sono chiamate, inoltre, ad agire secondo criteri commerciali e con uno *status* di indipendenza nei confronti degli Stati membri. Con il meccanismo della separazione contabile obbligatoria, non vengono più trasferiti, infine, sul servizio di trasporto i costi di manutenzione e sviluppo dell'infrastruttura.

### **2. Una spinta più decisa verso il mercato: il primo pacchetto ferroviario.**

Un impulso ulteriore alla liberalizzazione del trasporto ferroviario è stato impresso dalle direttive 95/18/CE e 95/19/CE.

Per evitare che i diritti d'accesso alla rete riconosciuti dalla direttiva 91/440/CEE fossero impediti da regimi autorizzatori nazionali largamente discrezionali, la direttiva 95/18/CE ha previsto una licenza per l'accesso alla rete, basata su criteri oggettivi di onorabilità, capacità professionale, competenza professionale e copertura della responsabilità civile dell'impresa di trasporto, valida su tutto il territorio comunitario.

Nella medesima ottica di garantire l'esercizio dei diritti d'accesso riconosciuti dalla direttiva 91/440/CEE, ma anche un uso efficace e ottimale

<sup>5</sup> Sulle inefficienze del monopolio pubblico del trasporto ferroviario cfr. G. Napolitano, *I servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2013, 152.

<sup>6</sup> Artt. 1, 4 e 5 della direttiva 91/440/CEE.

<sup>7</sup> Art. 6 della direttiva 91/440/CEE.

<sup>8</sup> Art. 10 della direttiva 91/440/CEE.

dell'infrastruttura, la direttiva 95/19/CE ha istituito, invece, un primo embrionale sistema di ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e di riscossione dei diritti per l'utilizzo della stessa infrastruttura.

L'efficacia delle misure di liberalizzazione introdotte dalla direttiva 91/440/CEE e dalle successive direttive 95/18/CE e 95/19/CE è stata, tuttavia, limitata<sup>9</sup>. La mera separazione contabile tra gestione dell'infrastruttura e servizio di trasporto non è bastata per indurre gli Stati membri ad abbandonare il modello dominante del monopolio pubblico verticalmente integrato. Anche a fronte di modelli di separazione più incisivi, l'assenza di un organismo di regolamentazione indipendente non ha incentivato l'esercizio equo e non discriminatorio di funzioni fondamentali per l'accesso alla rete, come la ripartizione delle capacità di infrastruttura e l'imposizione dei diritti per l'utilizzo.

Per rimediare allo stallo del processo di liberalizzazione, è stato adottato, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea, il c.d. primo pacchetto ferroviario, costituito dalle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE.

Le nuove direttive ridisegnano, per un verso, i rapporti tra il gestore dell'infrastruttura e le imprese di trasporto ferroviario, per un altro, i rapporti tra il gestore dell'infrastruttura e lo Stato. Le nuove direttive istituiscono, inoltre, una nuova figura soggettiva indipendente, l'organismo di regolamentazione, per vigilare sul sistema di imposizione dei diritti e di assegnazione delle linee ferroviarie e per risolvere i conflitti tra i gestori dell'infrastruttura e le imprese di trasporto.

I rapporti tra gestore dell'infrastruttura e impresa di trasporto continuano ad essere informati al principio della separazione contabile obbligatoria. Gli Stati membri hanno la facoltà, però, di introdurre misure di separazione strutturale, dal modello più debole della divisione organica a quello più incisivo della distinzione societaria<sup>10</sup>.

L'esercizio da parte del gestore delle cd. funzioni essenziali di accesso alla rete, come l'assegnazione della capacità di infrastruttura e la determinazione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura<sup>11</sup>, impone, tuttavia, il ricorso

<sup>9</sup> Si consideri, ad esempio, che in Italia la direttiva 91/440/CEE è stata recepita ben sette anni dopo con il d.P.R. 8 luglio 1998, n. 277. L'art. 131, comma 1, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria per il 2001) ha eliminato il regime di riserva statale dell'attività di trasporto ferroviario in favore di Ferrovie dello Stato S.p.A.

<sup>10</sup> v. l'art. 1 della direttiva 2001/12/CE, che ha sostituito l'art. 6 della direttiva 91/440/CEE. Si veda, in particolare, l'art. 6, par. 2, della direttiva 91/440/CEE.

<sup>11</sup> Le funzioni essenziali di accesso alla rete sono elencate dall'allegato II della direttiva 91/440/CEE, introdotto dalla direttiva 2001/12/CE. Le funzioni essenziali sono: – prepara-



### **la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario**

obbligatorio al modello di separazione societaria. Si tratta, anzi, di una separazione societaria non solo obbligatoria, ma anche «qualificata»: il gestore deve essere indipendente, infatti, dalle imprese di trasporto ferroviario sul piano giuridico, organizzativo e decisionale, altrimenti lo Stato è tenuto ad attribuire le funzioni ad un altro organismo che abbia lo *status* di indipendenza richiesto<sup>12</sup>.

Le direttive attribuiscono, inoltre, per la prima volta al gestore dell'infrastruttura uno *status* di indipendenza gestionale nei confronti degli Stati membri, volto a rafforzare l'impiego efficiente della rete. Gli Stati membri possono istituire, infatti, un quadro per l'assegnazione della capacità di infrastruttura e per la determinazione dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura, ma se lo fanno devono rispettare l'indipendenza gestionale del gestore. Indipendenza gestionale sta a significare, per il legislatore comunitario, che il gestore dell'infrastruttura deve poter essere responsabile «della propria gestione, della propria amministrazione e del proprio controllo interno»<sup>13</sup>.

Ultimo tassello del nuovo disegno organizzativo è l'introduzione del cd. organismo di regolamentazione del settore. Si tratta, in particolare, di un organismo indipendente sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia finanziaria sia rispetto al gestore dell'infrastruttura sia rispetto alle imprese di trasporto, che è chiamato a risolvere, in posizione di terzietà, tutti i possibili conflitti che possono insorgere tra gli utilizzatori della rete e il gestore dell'infrastruttura<sup>14</sup>.

### **3. I ricorsi per inadempimento della Commissione europea.**

Tra il 2010 e il 2011, la Commissione europea ha promosso una serie di ricorsi per inadempimento nei confronti di diversi Stati membri, com-

zione e adozione delle decisioni relative alle licenze delle imprese ferroviarie, compresa la concessione di licenze individuali, – adozione di decisioni relative all'assegnazione delle linee ferroviarie, comprese la definizione e la valutazione della disponibilità, nonché l'assegnazione di singole linee ferroviarie, – adozione di decisioni relative all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura, – controllo del rispetto degli obblighi di servizio pubblico previsti nella prestazione di taluni servizi.

<sup>12</sup> v. l'art. 1 della direttiva 2001/12/CE, che ha sostituito l'art. 6 della direttiva 91/440/CEE. Si veda, in particolare, l'art. 6, par. 3, della direttiva 91/440/CEE.

<sup>13</sup> v. l'art. 1 della direttiva 2001/12/CE, che ha sostituito l'art. 4 della direttiva 91/440/CEE. Si veda, in particolare, l'art. 4, par. 2, della direttiva 2001/14/CE.

<sup>14</sup> Art. 30 della direttiva 2001/14/CE.

presa l'Italia, per il mancato rispetto degli obblighi provenienti dalle direttive di liberalizzazione del trasporto ferroviario<sup>15</sup>.

Le censure della Commissione nei confronti dell'Italia si appuntano su tre tematiche fondamentali, elementi portanti del processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario: a) l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura nei confronti della principale impresa di trasporto ferroviario, b) l'indipendenza gestionale del gestore dell'infrastruttura rispetto allo Stato, c) l'indipendenza dell'organismo di regolamentazione<sup>16</sup>.

Tutte e tre le questioni revocano in dubbio l'assetto normativo ed organizzativo del trasporto ferroviario italiano, che non consentirebbe un'effettiva liberalizzazione del mercato secondo le previsioni delle direttive comunitarie.

Il primo – e probabilmente più rilevante – profilo di criticità può essere così sintetizzato. Il gestore dell'infrastruttura (Rete Ferroviaria Italiana – R.F.I. S.p.A., di seguito «RFI»), che svolge funzioni essenziali di accesso alla rete come la ripartizione della capacità d'infrastruttura, è una società distinta rispetto alla principale impresa di trasporto ferroviario (Trenitalia S.p.A.). RFI e Trenitalia sono, però, parte integrante di un gruppo societario pubblico, diretto e coordinato dalla *holding* Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A.<sup>17</sup>. L'appartenenza delle due società al medesimo gruppo societario non garantirebbe però, ad avviso della Commissione, la necessaria indipendenza organizzativa e decisionale del gestore rispetto all'impresa di trasporto,

<sup>15</sup> Si tratta delle seguenti cause: C-528/10 Commissione/Grecia, definita con sentenza dell'8 novembre 2012, C-557/10 Commissione/Portogallo, definita con sentenza del 25 ottobre 2012, C-473/10 Commissione/Ungheria, C-483/10, Commissione/Spagna, C-555/10 Commissione/Austria, C-556/10 Commissione/Germania, definite con sentenze del 28 febbraio 2013 (cfr. il comunicato stampa n. 20/2013), C-625/10 Commissione/Francia, definita con sentenza del 18 aprile 2013 (cfr. il comunicato stampa n. 49/2013), C-512/10 Commissione/Polonia, definita con sentenza del 30 maggio 2013 (cfr. il comunicato stampa n. 64/2013), C-545/10 Commissione/Repubblica Ceca, C-627/10 Commissione/Slovenia, C-412/11 Commissione/Lussemburgo, definite con sentenze dell'11 luglio 2013 (cfr. il comunicato stampa n. 88/2013).

<sup>16</sup> Estratto del ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione europea contro la Repubblica Italiana è stato pubblicato nella GUUE del 24.9.2011, C 282/11.

<sup>17</sup> A seguito dell'eliminazione del regime di riserva statale, il Ministero dei trasporti e della navigazione attribuì due distinti titoli abilitativi a Ferrovie dello Stato S.p.A., la licenza per lo svolgimento dei servizi di trasporto ferroviario (licenza del 23 maggio 2000) e la concessione per la gestione, il mantenimento e lo sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria (decreto ministeriale 31 ottobre 2000, n. 138T). In data 1° luglio 2001, venne adottato il modello di separazione societaria tra gestore della rete e impresa di trasporto con l'istituzione di Rete Ferroviaria Italiana, che subentrò nella concessione per la gestione, il mantenimento e lo sviluppo dell'infrastruttura ferroviaria.

## la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario

che – come in precedenza rilevato – «qualifica» il regime di separazione strutturale nell’ambito dell’esercizio delle funzioni essenziali di accesso alla rete.

La seconda questione riguarda l’indipendenza gestionale del gestore rispetto allo Stato con riferimento alla determinazione dei diritti per l’utilizzo della rete. Ad avviso della Commissione, il sistema di determinazione delle tariffe per l’accesso alla rete sarebbe stato congegnato dal legislatore italiano in modo da riservare allo Stato il compito di determinare il livello dei diritti di accesso alla rete e lasciare al gestore unicamente il compito di riscuotere i diritti così determinati<sup>18</sup>. In questo modo, però, il gestore sarebbe stato privato di uno strumento essenziale per la gestione ottimale ed efficiente dell’infrastruttura ferroviaria.

La Commissione ha messo in dubbio, infine, l’effettiva indipendenza dell’organismo di regolamentazione del settore ferroviario (U.R.S.F.), istituito in attuazione delle direttive comunitarie<sup>19</sup> (oggi soppresso a seguito dell’istituzione dell’Autorità di regolazione dei trasporti). Secondo la Commissione, l’U.R.S.F. non soddisferebbe i requisiti di indipendenza necessari per esercitare le funzioni attribuite all’organismo di regolamentazione. L’appartenenza del personale dell’U.R.S.F. ai ruoli del Ministero dei trasporti comporterebbe, infatti, una situazione di conflitto di interessi, visto che il Ministero eserciterebbe un’influenza decisiva sulla *holding* del gruppo societario pubblico comprendente RFI e Trenitalia.

Prima di entrare nel dettaglio delle singole questioni, vale la pena anticipare l’esito, parzialmente negativo per l’Italia, del ricorso per inadempimento.

La Commissione ha rinunciato alla prima censura, quella dell’indipendenza di RFI rispetto a Trenitalia, dopo che la Corte di giustizia ha deciso il caso analogo della Germania e dell’Austria in senso favorevole ai due Stati membri<sup>20</sup>.

La Corte di giustizia si è pronunciata, quindi, soltanto sulle questioni dell’indipendenza gestionale del gestore e dell’indipendenza dell’organismo di regolamentazione, nel primo caso condannando l’Italia, nel secondo assolvendola, come si vedrà, per *deficit* di prova.

Nonostante la rinuncia della Commissione al primo motivo, saranno

<sup>18</sup> Art. 17, comma 1, d.lg. n. 188/2003.

<sup>19</sup> Art. 37 del d.lg. n. 188/2003.

<sup>20</sup> Per un commento alle sentenze della Corte di giustizia che hanno preceduto la sentenza C-369/11, M. Delsignore, *L’attuazione della liberalizzazione del servizio ferroviario al vaglio della Corte di giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell’Italia*, in *Osservatorio dell’associazione italiana dei costituzionalisti*, agosto 2013.

analizzate nel prosieguo tutte e tre le tematiche, in quanto strettamente dipendenti tra di loro ai fini della realizzazione di una liberalizzazione effettiva del trasporto ferroviario.

#### **4. L'indipendenza del gestore dell'infrastruttura rispetto alla principale impresa di trasporto ferroviario: è ammissibile l'appartenenza al medesimo gruppo societario?**

Nei ricorsi per inadempimento proposti, la Commissione ha revocato in dubbio l'assetto organizzativo post-monopolistico adottato da diversi Stati membri. Paesi come la Germania e l'Austria, oltre all'Italia, hanno superato il modello dell'impresa pubblica verticalmente integrata, creando soggetti giuridici distinti per la gestione dell'infrastruttura e il trasporto ferroviario. Alla separazione strutturale di tali soggetti non ha mai fatto seguito, però, una effettiva separazione proprietaria. In tutti i Paesi considerati, è stata costituita, infatti, una *holding* pubblica, che detiene il capitale sia della società che gestisce l'infrastruttura sia della principale impresa di trasporto ferroviario<sup>21</sup>.

Ad avviso della Commissione, il modello della *holding* non garantirebbe, però, che il gestore dell'infrastruttura eserciti le funzioni essenziali di accesso alla rete in maniera indipendente dall'impresa di trasporto ferroviario appartenente al medesimo gruppo societario. Il gestore dell'infrastruttura e l'impresa di trasporto, «pur se separati sul piano giuridico»<sup>22</sup>, opererebbero, difatti, come un'«unità economica»<sup>23</sup>. Verrebbe a mancare, quindi, la necessaria indipendenza organizzativa e decisionale del gestore dell'infrastruttura rispetto all'impresa di trasporto ferroviario che, insieme all'indipendenza giuridica, costituiscono requisiti fondamentali per poter assumere l'esercizio delle funzioni essenziali di accesso alla rete.

Il tema è quanto mai delicato, soprattutto se si vuole attribuire una portata sostanziale, e non meramente formale, al concetto di liberalizzazione.

<sup>21</sup> In Austria, ad esempio, ÖBB-Holding detiene il capitale del gestore dell'infrastruttura, ÖBB-Infrastruktur, e della principale impresa di trasporto ferroviario. Analogamente, in Germania, DB AG è *holding* sia del gestore dell'infrastruttura, DB Netz, sia della principale impresa di trasporto ferroviario.

<sup>22</sup> Corte di giustizia, sez. I, 28 febbraio 2013, C-555/10, *Commissione europea c. Repubblica d'Austria*, § 28, Corte di giustizia, sez. I, 28 febbraio 2013, C-556/10, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, § 31.

<sup>23</sup> Corte di giustizia, *Commissione europea c. Repubblica d'Austria* cit., § 28, Corte di giustizia, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania* cit., § 31.

## la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario

Le direttive comunitarie non vanno, per la verità, al di là dell'affermazione dell'indipendenza giuridica, organizzativa e decisionale del gestore dell'infrastruttura che esercita funzioni essenziali di accesso alla rete rispetto all'impresa di trasporto. In mancanza di indicazioni da parte delle direttive comunitarie di riferimento, la Commissione ha invocato, innanzitutto, a sostegno della censura, il mancato rispetto delle misure previste dall'allegato 5 del documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la relazione del 3 maggio 2006 sull'attuazione del primo pacchetto ferroviario<sup>24</sup>. Le misure previste dall'allegato 5 possono essere così sintetizzate: controllo del rispetto degli obblighi di indipendenza da parte di un'autorità indipendente o di un terzo, esistenza di disposizioni legali o contrattuali in materia di indipendenza, divieto di doppio incarico negli organi direttivi delle diverse società della *holding*, istituzione di un periodo di carenza in caso di trasferimenti di dirigenti all'interno delle società del gruppo, controllo da parte di un'autorità indipendente degli atti di revoca e nomina degli amministratori del gestore dell'infrastruttura. La Commissione ha invocato, altresì, le misure specifiche esistenti in altri settori, quali il mercato interno dell'elettricità ed il mercato interno del gas naturale<sup>25</sup>, volte a garantire l'indipendenza del gestore della rete di trasporto.

La Repubblica Italiana è intervenuta a favore della Germania e dell'Austria. Secondo l'Italia, la Commissione perverrebbe ad una vera e propria «presunzione di incompatibilità» rispetto al modello della *holding*, la quale, pur legalmente riconosciuta, sarebbe compatibile con le direttive solo a patto che «non detenga o non eserciti alcuna delle prerogative proprie di una [...] holding».

La Corte di giustizia ha respinto la censura della Commissione, ritenendo che né nel caso della Germania né dell'Austria la Commissione stessa abbia fornito alcuna prova concreta dell'inadempimento contestato, e cioè la mancanza di indipendenza del gestore rispetto all'impresa ferroviaria storica appartenente al medesimo gruppo societario<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> COM(2006) 189.

<sup>25</sup> Art. 19 della direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, nonché art. 19 della direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE.

<sup>26</sup> Secondo il consolidato orientamento della Corte di giustizia, la Commissione deve fornire tutti gli elementi necessari affinché la Corte accerti l'inadempimento contestato, senza potersi basare su alcuna presunzione (sentenze 26 aprile 2005, C-494/01, Commissione/Irlanda, 6 ottobre 2009, C-335/07, Commissione/Finlandia, 10 dicembre 2009, C-390/07, Commissione/Regno Unito).

Da un lato, l'allegato 5 non avrebbe valore giuridico vincolante, non essendo stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ed essendo stato adottato comunque dopo la scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2001/14/CE<sup>27</sup>. Dall'altro, non sarebbe possibile istituire alcun paragone con le direttive comunitarie inerenti al mercato interno dell'elettricità e del gas naturale, che anzi si differenziano dalle direttive comunitarie inerenti al trasporto ferroviario proprio per la previsione espressa di misure specifiche volte a garantire l'indipendenza del gestore della rete di trasporto.

Così come era stato affermato dalla Repubblica Italiana, la censura della Commissione si baserebbe, dunque, su una presunzione di incompatibilità del modello della *holding*, che non può giustificare, tuttavia, la condanna dello Stato membro.

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia hanno indotto la Commissione – come già anticipato – a rinunciare all'analogo motivo formulato nel ricorso per inadempimento contro l'Italia.

Le citate pronunce della Corte di giustizia rappresentano, quindi, una presa d'atto delle carenze delle direttive comunitarie sul trasporto ferroviario. L'indipendenza del gestore rispetto all'impresa di trasporto storica è poco più che una dichiarazione di principio: non esistono, infatti, parametri per valutare l'indipendenza organizzativa e decisionale del gestore stesso. Perché il gestore possa esercitare le funzioni essenziali di accesso alla rete è sufficiente, allo stato, che disponga di personalità giuridica propria e di organi e risorse propri rispetto all'*incumbent* dei servizi di trasporto ferroviario<sup>28</sup>. La nozione di indipendenza giuridica assorbe, quindi, anche le nozioni di indipendenza organizzativa e decisionale. L'indipendenza del gestore che esercita funzioni essenziali di accesso alla rete e la correlativa liberalizzazione del settore appare «debole», perché ancorata al solo dato formale dell'indipendenza giuridica.

<sup>27</sup> Corte di giustizia, *Commissione europea c. Repubblica d'Austria* cit., § 58, Corte di giustizia, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania* cit., § 62.

<sup>28</sup> Emblematica, in tal senso, appare la pronuncia nei confronti della Francia. La Repubblica Francese è stata, infatti, condannata per aver affidato alcune funzioni essenziali di accesso alla rete, quali l'elaborazione degli studi tecnici di esecuzione necessari per la definizione e la valutazione della disponibilità delle linee ferroviarie e l'assegnazione di linee ferroviarie dell'ultimo minuto, a una divisione organica, DCF, della principale impresa di trasporto ferroviario, SNCF. Secondo la Corte, non sarebbe soddisfatto così il criterio di indipendenza giuridica, che richiederebbe personalità giuridica distinta e organi e risorse propri dell'organismo deputato all'esercizio di funzioni essenziali di accesso alla rete (Corte di giustizia, sez. I, 18 aprile 2013, C-625/10, *Commissione europea c. Repubblica Francese*).

### **5. L'indipendenza gestionale del gestore dell'infrastruttura nei confronti dello Stato: la determinazione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura come strumento essenziale di gestione.**

Secondo la Commissione, la «scelta del livello delle tariffe»<sup>29</sup> di accesso alla rete sarebbe uno strumento essenziale di gestione del gestore dell'infrastruttura, giacché consentirebbe al gestore stesso di «avere entrate sufficienti per svolgere i propri compiti senza interferenza da parte dello Stato»<sup>30</sup>. L'art. 17, comma 1, del d.lg. 8 luglio 2003, n. 188<sup>31</sup> priverebbe, tuttavia, RFI di tale strumento di gestione. Spetterebbe, infatti, al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti il compito di fissare, con decreto, il livello dei diritti di accesso alla rete, mentre il gestore potrebbe soltanto formulare una proposta sul livello di tali diritti (dalla legge definita come «motivata relazione») e, poi, calcolare e riscuotere i diritti effettivamente dovuti da ciascuna impresa ferroviaria. L'attribuzione di tale compito di determinazione al Ministero sottrarrebbe, peraltro, l'esercizio della funzione al controllo dell'organismo di regolamentazione. Né si potrebbe ritenere che la competenza del Ministero sia strumentale all'obiettivo di garantire l'equilibrio di bilancio del gestore dell'infrastruttura, previsto dall'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 2001/14/CE: esiste, infatti, uno strumento *ad hoc* per garantire l'equilibrio di bilancio del gestore, quale la concessione di incentivi al gestore stesso «per ridurre i costi di fornitura dell'infrastruttura e il livello dei diritti di accesso»<sup>32</sup>.

In replica alle argomentazioni della Commissione, la Repubblica Italiana ha affermato, innanzitutto, che l'approvazione delle tariffe da parte del Ministero non impedirebbe comunque all'organismo di regolamentazione di esercitare l'attività di controllo ed irrogare sanzioni, così da indurre il ge-

<sup>29</sup> V. il § 27 della sentenza della Corte di giustizia commentata.

<sup>30</sup> V., ancora, il § 27 della sentenza della Corte di giustizia commentata

<sup>31</sup> L'art. 17, comma 1, del d.lg. n. 188/2003, vigente all'epoca della procedura di infrazione della Commissione europea, così disponeva: «Ai fini dell'accesso e dell'utilizzo equo e non discriminatorio dell'infrastruttura ferroviaria da parte delle associazioni internazionali di imprese ferroviarie e delle imprese ferroviarie, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisita una motivata relazione da parte del gestore dell'infrastruttura ferroviaria, previo parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano limitatamente ai servizi di loro competenza, è stabilito il canone dovuto per l'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale. Il decreto è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee».

<sup>32</sup> Art. 6, comma 2, della direttiva 2001/14/CE.

store a «modificare la propria proposta relativa ai diritti o, se questi risultano già fissati, a formulare una nuova proposta»<sup>33</sup>. Il Ministero non eserciterebbe comunque, in sede di approvazione delle tariffe, «alcuna funzione di controllo di merito del livello dei diritti»<sup>34</sup>, ma «la sola verifica, in punto di stretta legittimità, del rispetto delle regole specifiche che spetta agli Stati membri stabilire ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2001/14»<sup>35</sup>.

Pur non ritenendo prive di fondamento le difese della Repubblica Italiana, la Corte di giustizia è comunque giunta alla conclusione – anche sulla scorta di precedenti sentenze di condanna nei confronti della Spagna<sup>36</sup> e della Repubblica Ceca<sup>37</sup> – che il sistema di determinazione dei diritti di accesso alla rete previsto dalla normativa italiana non rispetti effettivamente l'indipendenza di gestione del gestore dell'infrastruttura.

Secondo la Corte di giustizia, il sistema comunitario di imposizione dei diritti, che assegna al gestore il compito di determinare i diritti nell'ambito delle regole quadro e specifiche per l'imposizione stabilite dagli Stati membri<sup>38</sup>, non persegue soltanto l'obiettivo di garantire un accesso equo e non discriminatorio alla rete, ma anche quello, non meno rilevante, di «incoraggiare i gestori dell'infrastruttura ferroviaria ad ottimizzare l'utilizzo della loro infrastruttura»<sup>39</sup>. Perché un simile obiettivo possa essere raggiunto, è necessario allora che il gestore dell'infrastruttura disponga «di un certo grado di flessibilità nella fissazione dell'importo dei diritti»<sup>40</sup>. La determinazione dei diritti è, dunque, uno strumento di gestione, tra le principali manifestazioni dell'indipendenza gestionale del gestore nei confronti dello Stato. Sistemi che attribuiscono al gestore il compito di calcolare l'importo dei diritti in applicazione di una formula fissata con decreto ministeriale, come nel caso del Regno di Spagna, oppure stabiliscano la tariffa massima

<sup>33</sup> V. il § 36 della sentenza della Corte di giustizia commentata.

<sup>34</sup> V. il § 38 della sentenza della Corte di giustizia commentata.

<sup>35</sup> V., ancora, il § 38 della sentenza della Corte di giustizia commentata.

<sup>36</sup> Corte di giustizia, sez. I, 28 febbraio 2013, C-483/10, *Commissione europea c. Regno di Spagna*.

<sup>37</sup> Corte di giustizia, sez. I, 11 luglio 2013, C-545/10, *Commissione europea c. Repubblica ceca*.

<sup>38</sup> L'art. 4, par. 1, della direttiva 2001/14/CE così dispone: «Gli Stati membri istituiscono un quadro per l'imposizione dei diritti rispettando l'indipendenza di gestione di cui all'articolo 4 della direttiva 91/440/CEE. Fatta salva la condizione dell'indipendenza di gestione, gli Stati membri stabiliscono inoltre regole specifiche in materia di imposizione o delegano tale competenza al gestore dell'infrastruttura. Il gestore dell'infrastruttura determina i diritti dovuti per l'utilizzo dell'infrastruttura e procede alla loro riscossione».

<sup>39</sup> Dodicesimo considerando della direttiva 2001/14/CE.

<sup>40</sup> V. il § 43 della sentenza della Corte di giustizia commentata.



## la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario

applicabile per l'utilizzo dell'infrastruttura, come nel caso della Repubblica ceca, minano l'indipendenza gestionale del gestore, rendendolo dipendente da valutazioni politiche o comunque estranee all'impiego ottimale ed efficiente della rete.

Il caso italiano è, per la Corte di giustizia, assimilabile a quello spagnolo. L'art. 17, comma 1, del d.lg. n. 188/2003 delinea, ad avviso della Corte, un sistema nel quale la determinazione dei diritti avviene di concerto con il Ministro. La decisione del Ministro può vincolare, quindi, il gestore. Né conduce ad esiti diversi la considerazione secondo la quale il Ministero eserciterebbe un mero controllo di legittimità, spettando una simile funzione all'organismo di regolamentazione. Nell'ottica della Corte di giustizia, dunque, l'intervento del Ministro, per un verso, elide l'indipendenza gestionale del gestore nella funzione di determinazione dei diritti, per un altro, finisce per sovrapporsi ai compiti neutrali dell'organismo di regolamentazione.

Vale evidenziare che, a seguito dell'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti<sup>41</sup>, è stato parzialmente modificato il quadro normativo italiano del sistema di imposizione dei diritti.

L'Autorità, che ha assunto peraltro le funzioni dell'organismo di regolamentazione, ha il compito di «definire i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura e i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità» e di «vigilare sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura»<sup>42</sup>. Secondo la terminologia comunitaria, l'Autorità definisce, oggi, le regole quadro e specifiche per l'imposizione dei diritti.

L'art. 17, comma 1, del d.lg. n. 188/2003 è stato modificato, poi, dall'articolo 24, comma 1, lettera a) del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69. A seguito della novella legislativa, non è più previsto che il livello delle tariffe sia «stabilito» con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Rimane, però, un potere di approvazione ministeriale, di dubbia com-

<sup>41</sup> L'Autorità di regolazione dei trasporti è stata istituita dall'art. 36 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27. Il primo collegio dell'Autorità di regolazione dei trasporti è stato nominato solo con d.P.R. 9 agosto 2013 e si è insediato a Torino il 17 settembre 2013. Sull'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, A. Tonetti, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2012, 589 e ss. Sull'Autorità di regolazione dei trasporti, si veda anche il *paper* della Fondazione Astrid, *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, a cura di L. Torchia, presentato nel seminario tenutosi a Roma il 22 ottobre 2013.

<sup>42</sup> Art. 37, comma 2, lett. i), del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, come aggiunto dall'art. 36 del d.l. n. 1/2012.

patibilità comunitaria anche alla luce della sentenza della Corte di giustizia. Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti «approva», infatti, la proposta del gestore dell'infrastruttura, previo parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano limitatamente ai servizi di loro competenza.

L'utilizzazione del verbo «approvare», in luogo di «stabilire», non appare sufficiente a superare le censure comunitarie. L'approvazione appare pur sempre espressione, infatti, di un potere di controllo attribuito all'organo politico, che – come rilevato dalla Corte di giustizia – deve essere riservato, però, all'organismo indipendente di regolamentazione, al fine di evitare che nella determinazione dei diritti possano trovare ingresso considerazioni estranee all'impiego ottimale ed efficiente della rete.

## **6. L'indipendenza dell'organismo di regolamentazione.**

Secondo la Commissione, l'art. 37 del d.lg n. 188/2003, nella versione vigente prima delle modifiche apportate dal decreto legge 6 luglio 2011, n. 98<sup>43</sup>, non garantirebbe la necessaria indipendenza decisionale dell'organismo di regolamentazione rispetto alla principale impresa di trasporto ferroviario.

L'integrazione del personale dell'U.R.S.F. nei ruoli del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti<sup>44</sup>, congiuntamente alla proprietà statale di Trenitalia, creerebbe una situazione «di conflitto di interessi per i funzionari del Ministero che operano nella struttura dell'organismo di regolamentazione e che, per tale motivo, hanno il compito di garantire un trattamento non discriminatorio ai concorrenti dell'impresa ferroviaria pubblica»<sup>45</sup>. I funzionari dell'U.R.S.F. sarebbero spinti, così, a tenere conto degli interessi commerciali di Trenitalia nella loro attività di regolamentazione<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Come ha sottolineato la stessa Corte di giustizia nella sentenza commentata (§ 63), l'esistenza di un inadempimento è valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato. La scadenza di tale termine cristallizza, dunque, la situazione rilevante ai fini del giudizio della Corte di giustizia, che non può contare su mutamenti normativi intervenuti successivamente.

<sup>44</sup> L'art. 37, comma 1-*bis*, del d.lg. 188/2003, prima delle modifiche apportate dal d.l. n. 98/2011, così disponeva: «all'ufficio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che svolge le funzioni di organismo di regolazione sono assegnate le risorse umane, strumentali e finanziarie necessarie per lo svolgimento dei propri compiti, nell'ambito delle risorse stanziare nel bilancio di previsione della spesa del predetto Ministero».

<sup>45</sup> § 52 della sentenza commentata.

<sup>46</sup> È interessante, a tal proposito, il provvedimento n. 23770 del 25.7.2012 dell'Auto-

## la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario

L'attribuzione al Ministro del diritto di determinazione dei diritti farebbe sì, inoltre, che «un solo soggetto, il Ministero, sarebbe nel contempo incaricato della determinazione dei diritti di accesso e del controllo, nella sua veste di regolatore, della medesima determinazione»<sup>47</sup>.

La censura della Commissione è stata respinta, però, per genericità dalla Corte di Giustizia.

La Commissione non ha fatto valere, ad avviso della Corte, argomenti circostanziati a sostegno della censura, se non il fatto che l'U.R.S.F. sarebbe parte integrante del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Tale argomento non è, però, di per sé sufficiente ai fini di una condanna per inadempiamento dell'Italia, visto che l'art. 30 della direttiva 2001/14/CE, pur richiedendo l'indipendenza sul piano organizzativo, giuridico, decisionale e della strategia finanziaria dell'organismo di regolamentazione rispetto al gestore dell'infrastruttura e alle imprese di trasporto ferroviario, ammette, tuttavia, che l'organismo possa essere anche «il ministero competente in materia di trasporti».

La decisione della Corte di giustizia appare figlia, però, della medesima lacuna già rilevata con riferimento all'indipendenza del gestore rispetto alla principale impresa di trasporto ferroviario: la mancanza di parametri in base ai quali valutare, in concreto, al di là del dato formale, l'indipendenza dell'organismo di regolamentazione. Tale mancanza impedisce alla Corte di giustizia un sindacato forte ed intrinseco sul requisito di indipendenza.

La situazione è comunque significativamente mutata nel frattempo.

Dapprima, è stato modificato l'art. 37 del d.lg n. 188/2003, rafforzando l'autonomia ed indipendenza dell'organismo. Da un lato, è stato espressamente previsto che l'U.R.S.F. è organo «dotato di autonomia organizzativa e contabile nei limiti delle risorse economico-finanziarie assegnate»<sup>48</sup>. Dall'altro, sono stati specificati i requisiti di indipendenza, moralità e professio-

rità garante della concorrenza e del mercato sul caso *Arenaways*, che si basa sull'assunto che il gestore dell'infrastruttura avrebbe indotto in errore l'U.R.S.F. nella valutazione della possibile compromissione degli obblighi di servizio pubblico facenti capo a Trenitalia derivante dalla richiesta di assegnazione di linee ferroviarie da parte del *new comer* Arenaways. Il provvedimento dell'AGCM è stato recentemente annullato dal Tar Lazio, Roma, sez. I, 27 marzo 2014, n. 3398, in quanto l'AGCM si sarebbe sostituita all'U.R.S.F. nell'esercizio delle competenze affidate dalla legge all'organismo di regolamentazione, operando «una istruttoria parallela e effettuando valutazioni di merito autonome e completamente configgenti con l'URS.F», sino a pervenire «all'autonoma creazione dell'ambito delle regole tecniche alla cui stregua effettuare l'apprezzamento stesso».

<sup>47</sup> § 57 della sentenza commentata.

<sup>48</sup> Art. 37, comma 1-bis, del d.lg n. 188/2003, come modificato dall'art. 21, comma 4, lett. b), n. 1), del d.l. n. 98/2011.

nalità necessari per assumere la guida dell'organismo e le cause di incompatibilità con tale ruolo<sup>49</sup>.

Il d.l. n. 1/2012 ha trasferito, infine, le funzioni dell'organismo di regolamentazione alla neo istituita Autorità di regolazione dei trasporti<sup>50</sup>, sciogliendo così ogni possibile dubbio sull'effettiva indipendenza dell'U.R.S.F.

## **7. Conclusioni. La liberalizzazione «debole» del trasporto ferroviario.**

Ad oltre venti anni dall'adozione della direttiva 91/440/CEE, la strada della liberalizzazione del trasporto ferroviario appare ancora incerta.

Il nodo della compenetrazione tra regolatore, gestore della rete e impresa di trasporto storica non è ancora stato sciolto. Non esistono, come visto, misure specifiche per garantire l'effettiva indipendenza del gestore del-

<sup>49</sup> L'art. 37, comma 1-*ter* del d.lg n. 188/2003, aggiunto dall'art. 21, comma 4, lett. b), n. 2), del d.l. n. 98/2011, prevede: «All'ufficio di cui al comma 1-bis è preposto un soggetto scelto tra persone dotate di indiscusse moralità e indipendenza, alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore dei servizi ferroviari, nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, ai sensi dell' articolo 19, commi 4, 5-bis, e 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 , e successive modificazioni. La proposta è previamente sottoposta al parere delle competenti Commissioni parlamentari, che si esprimono entro 20 giorni dalla richiesta. Le medesime Commissioni possono procedere all'audizione della persona designata. Il responsabile dell'Ufficio di cui al comma 1-bis dura in carica tre anni e può essere confermato una sola volta. La carica di responsabile dell'ufficio di cui al comma 1-bis è incompatibile con incarichi politici elettivi, né può essere nominato colui che abbia interessi di qualunque natura in conflitto con le funzioni dell'ufficio. A pena di decadenza il responsabile dell'ufficio di cui al comma 1-bis non può esercitare direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratore o dipendente di soggetti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici, né avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore».

<sup>50</sup> Si veda l'art. 37, comma 2, lett. i) del d.l. n. 201/2011, aggiunto dall'art. 36 del d.l. n. 1/2012. L'art. 37, comma 1, del d.l. n. 201/2011 stabilisce che l'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione. Ai sensi dell'art. 37, comma 1-*ter*, del d.l. n. 201/2011, i componenti dell'Autorità «sono scelti, nel rispetto dell'equilibrio di genere, tra persone di indiscussa moralità e indipendenza e di comprovata professionalità e competenza nei settori in cui opera l'Autorità. A pena di decadenza essi non possono esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, ivi compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici, né avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima Autorità. I dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico».

## la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario

l’infrastruttura e dell’organismo di regolamentazione, né tali carenze possono essere colmate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Lì dove la normativa italiana pone ostacoli all’indipendenza gestionale del gestore, la Corte di giustizia ha provato a rimuoverli. Non rientrando nelle sue competenze, la Corte non ha potuto ovviamente introdurre misure ulteriori di liberalizzazione, lì dove il legislatore comunitario si è accontentato, sino ad oggi, di affermare principi di liberalizzazione, senza prevedere misure di attuazione.

Il quadro del trasporto ferroviario europeo risulta così frammentario e disomogeneo da Paese a Paese e a seconda del settore preso in considerazione. Si va da mercati interamente o quasi interamente liberalizzati, come la Svezia e la Gran Bretagna<sup>51</sup>, a mercati scarsamente liberalizzati, come l’Italia, la Francia, la Spagna<sup>52-53</sup>. Vi sono settori, nel trasporto ferroviario nazio-

<sup>51</sup> Si veda, a proposito della liberalizzazione del trasporto ferroviario in Gran Bretagna, il pregevole lavoro di C.M. Colombo, *Il mercato nel settore ferroviario britannico*, in *Amministrare*, n.1-2/2011, 281 e ss. L’Autore non ha mancato, tuttavia, di evidenziare le criticità del rapidissimo processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario in Gran Bretagna. Con il *Railways Act* del 1993, divenuto definitivamente operativo nel 1996, non ci si è limitati allo spaccettamento del monopolista pubblico, ma vi è stata, altresì, la privatizzazione sia della gestione della rete che del trasporto ferroviario. La gestione dell’infrastruttura è stata concessa, in particolare, ad una società privata quotata in Borsa (*Railtrack Plc*), che ha finito per svolgere il ruolo di «contract manager», affidando i lavori di manutenzione e miglioramento dell’infrastruttura ad aziende di costruzione indipendenti (*Infrastructure-Maintenance Companies*). Questo primo modello di liberalizzazione si è rivelato, tuttavia, fallimentare. *Railtrack Plc* è stata posta nel 2001 in amministrazione controllata, la qualità del servizio è fortemente peggiorata. Nel 2002, la rete è stata affidata allora in gestione ad una nuova impresa, *Network Rail Limited*, che, essendo una «company limited by guarantee», dispone di un patrimonio iniziale derivante da prestiti bancari ed erogazioni statali ed ha un’assemblea societaria formata da *stakeholders*, e cioè da soggetti aventi interessi nel mercato ferroviario e provenienti sia dalle aziende private che dalla società civile. Per quanto riguarda più propriamente il trasporto ferroviario, le attività di trasporto del monopolista sono state ripartite su base territoriale ed affidate, a seguito di apposite procedure ad evidenza pubblica, ad aziende private (*Train Operating Companies*), che svolgono in esclusiva il servizio nel territorio assegnato (*franchise agreements*). Al fine di evitare una procedura di infrazione della Commissione europea, è stata prevista, in seguito, la possibilità di accesso al mercato del trasporto ferroviario anche ad *open access operators*, che non accedono al comparto tramite procedura competitiva e non ottengono l’affidamento di un diritto di esclusiva.

<sup>52</sup> Si veda, a tal proposito, l’*Indice delle liberalizzazioni 2013*, a cura dell’Istituto Bruno Leoni. Lo studioso che si è occupato del trasporto ferroviario, U. Arrigo, ha individuato due macro-aree di valutazione, quella della regolazione e quella relativa al mercato. La prima considera le seguenti varianti: esistenza di un’autorità indipendente, potere effettivo di quest’autorità, presenza di una separazione effettiva tra gestore della rete e principale operatore ferroviario. La seconda considera, invece, la liberalizzazione del mercato regionale, la liberaliz-

nale, concorrenziali, come l'alta velocità, accanto a settori ancora monopolistici e fortemente sussidiati, come i servizi di media e lunga percorrenza e i servizi regionali.

Nonostante le vicende alterne dei ricorsi per inadempimento proposti, la situazione a macchia di leopardo del trasporto ferroviario europeo rimane un elemento di forte criticità per la Commissione europea. La Commissione ha presentato, pertanto, un quarto pacchetto ferroviario per eliminare i residui ostacoli ad una piena integrazione e liberalizzazione del settore<sup>54</sup>. Tra le misure più importanti, spicca la proposta di modifica della

zazione dell'alta velocità e la crescita di mercato degli ultimi 15 anni. L'indice finale dell'Italia è al di sotto della sufficienza, essendo pari a 36. L'analisi, pur tenendo conto dell'avvenuta liberalizzazione del settore dell'alta velocità, valuta, però, negativamente le altre varianti, in particolare l'inesistenza di un mercato regionale, la bassa crescita di mercato del settore, la mancanza di un'autorità indipendente dotata di poteri effettivi, la separazione formale tra gestore e principale impresa ferroviaria. Oggi, l'Autorità di regolazione dei trasporti ha preso il posto, come visto dell'U.R.S.F., ed è finalmente operativa. Tale circostanza è destinata a migliorare l'indice italiano, ferme restando le altre criticità che a tutt'oggi sembrano persistere.

<sup>53</sup> La maggiore o minore adesione di un Paese al processo di liberalizzazione impresso dall'Unione europea non è naturalmente correlata, nel contesto del presente lavoro, a giudizi di valore o disvalore. È tutt'altro che sopita, infatti, la discussione in merito all'efficacia delle misure di liberalizzazione comunitarie, soprattutto a fronte delle possibili implicazioni negative sulla capillarità del servizio. Si veda, a tal proposito, quanto osservato da C. Cambini, G. Catalano e A. Savoldi, *L'intervento pubblico nel settore ferroviario. Prospettive di liberalizzazione e esigenze di servizio pubblico*, op. cit., 250, secondo i quali «Se in generale la concorrenza beneficia il consumatore, grazie alla riduzione dei prezzi del servizio e alla maggiore efficienza degli operatori presenti nel mercato, è altresì vero che, qualora certi servizi siano forniti in sostanziale perdita da qualunque operatore (come spesso si osserva nel trasporto ferroviario) l'apertura del mercato potrebbe portare ad una riduzione dei servizi offerti su scala nazionale, anche qualora essi venissero considerati socialmente rilevanti da parte dello Stato»; si veda anche C. Scarpa, *Il trasporto ferroviario: l'alba di una riforma*, op. cit. Attento alle funzioni svolte dal gestore dell'infrastruttura è S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, op. cit., che ha evidenziato il ruolo del gestore dell'infrastruttura di garante tecnico della concorrenza e dell'interesse pubblico all'accessibilità e capillarità del servizio di trasporto.

<sup>54</sup> Il quarto pacchetto ferroviario, presentato dalla Commissione europea il 30 gennaio 2013, comprende la comunicazione «Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee» (COM(2013)25), la proposta di regolamento relativa alla normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie (COM(2013)26), la proposta di regolamento relativa all'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie (COM(2013)27), la proposta di regolamento sull'apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia (COM(2013)28), la proposta di direttiva sullo spazio ferroviario europeo (COM(2013)29), la proposta di direttiva (COM(2013)30) e la relazione (COM(2012)32) relative all'interoperabilità del sistema ferroviario europeo, la proposta di direttiva sulla sicurezza delle ferrovie (COM(2013)31), la

## la liberalizzazione “debole” del trasporto ferroviario

direttiva che istituisce uno spazio ferroviario europeo, volta a garantire che il gestore dell’infrastruttura svolga le funzioni necessarie a gestire l’infrastruttura in modo ottimizzato, efficiente e non discriminatorio<sup>55</sup>. L’obiettivo va raggiunto, secondo la proposta della Commissione, con la separazione istituzionale tra la gestione dell’infrastruttura e l’esercizio del trasporto. Qualora gli Stati membri intendano mantenere le *holding* che comprendano il gestore dell’infrastruttura, l’obiettivo va raggiunto, inoltre, introducendo condizioni rigorose a tutela dell’indipendenza del gestore che prevedano una procedura di verifica da parte della Commissione.

### *Abstract*

*The judgment of the Court of Justice reports on the state of liberalization of rail transport in Italy. The Italian system does not ensure, according to the Court of Justice, the necessary managerial independence of the infrastructure manager, as the setting of charges for access to the infrastructure is done in cooperation with the Ministry of Infrastructure and Transport. The ruling does not address, however, the issue of the effective independence of the infrastructure manager belonging to the same corporate group as the main train operating company. The EU directives have not identified, in fact, standards for evaluating organizational independence and the manager’s decision with respect to the transport: the liberalization of the sector is «weak» because only anchored to the given formal legal independence.*

relazione sul profilo e i compiti degli altri membri del personale viaggiante (COM(2013)33), la relazione sulla liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario internazionale di passeggeri (COM(2013)34).

<sup>55</sup> V., in particolare, la comunicazione COM(2013)25, 6.





TAR LOMBARDIA, MILANO, II, 26 MARZO 2014, N. 779;

TAR LOMBARDIA, MILANO, II, 26 MARZO 2014, N. 780.

La finalità, indicata dai promotori del referendum, di una gestione esclusivamente pubblica del settore idrico, non può intendersi normativamente realizzata per effetto dell'abrogazione referendaria della norma che garantiva una remunerazione del capitale «adeguata», ma potrebbe essere assicurata soltanto da un radicale intervento del legislatore.

Nonostante gli interventi referendari, il S.I.I. ha conservato la qualificazione di servizio pubblico locale di rilevanza economica con conseguente economicità della gestione e copertura integrale dei costi.

Il concetto di «copertura integrale dei costi», previsto dall'ordinamento comunitario e confermato dal referendum, deve essere tenuto distinto da quello di «adeguata remunerazione» del capitale che presuppone un riconoscimento certo e per così dire predeterminato per gli operatori economici di una remunerazione del proprio investimento.

Non sussistono ostacoli di ordine giuridico alla corretta qualificazione come «costo», con connesso onere di recupero in tariffa, del costo di investimento del capitale proprio.

La formula per il riconoscimento degli oneri finanziari (OF) contenuta nell'allegato al M.T.T. utilizza parametri non fissi ma variabili sulla base dell'andamento di una pluralità di fattori economici, mostrando perciò la differenza rispetto alla forma di remunerazione sul capitale investito stabilita nella misura fissa del 7% del d.m. del 1996.

STEFANO VACCARI

## IL METODO TARIFFARIO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO ALLA LUCE DEL PRIMO CONTENZIOSO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I vincoli discendenti dal referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 tra fini dei promotori e normativa di risulta. – 3. La distinzione tra profittabilità teorica *ex post* e remunerazione garantita vietata *ex ante*. – 4. La questione degli «oneri finanziari»: una reintroduzione surrettizia della situazione precedente al referendum? – 5. Conclusioni.

## Premessa

Con le sentenze in nota<sup>1</sup>, il TAR per la Lombardia, sede di Milano, si è pronunciato sui ricorsi promossi da alcune associazioni di tutela dei consumatori («Acqua Bene Comune», «Federconsumatori – Federazione Nazionale di Consumatori e Utenti» e «Codacons») che hanno impugnato la delibera dell' «Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico» (di seguito: «A.E.E.G.S.I.») n. 585/2012/R/idr in materia tariffaria (ed altri provvedimenti connessi e successivi a mezzo di motivi aggiunti) chiedendone l'annullamento sulla base di una serie di motivi di ricorso che si sostanziano nella pretesa contrarietà di tale atto di regolazione con il quadro normativo, nazionale ed europeo, risultante dagli esiti del referendum abrogativo del 12, 13 giugno 2011<sup>2</sup>.

In particolare, l'A.E.E.G.S.I., dopo essere divenuta regolatore di livello centrale<sup>3</sup> del «servizio idrico integrato»<sup>4</sup> (di seguito, *breviter*, «S.I.I.»), ha ini-

<sup>1</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 780.

<sup>2</sup> Sul punto si veda, *amplius*, il par. 2.

<sup>3</sup> La letteratura sulla (nuova) regolazione del servizio idrico è vastissima. In particolare, *ex multis*, G. Napolitano, *Per un'autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, in *astrid.eu*, 2010; F. Caporale, *La soppressione delle Autorità d'Ambito e la Consulta: le prospettive nella regolazione locale dei servizi idrici*, in questa Rivista, 2012, I, 269 ss.; G. Conte, *Dopo il "referendum": la gestione pubblica riuscirà ad affrontare i problemi delle acque italiane?*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2012, IV, 821 ss.; S. Marotta, *Le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum*, in questa Rivista, 2012, III, 657 ss.; G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, III, 229 ss.; L. Arnaudo, *Riforma, regolazione, retorica: il caso dei servizi idrici in Italia*, in *L'industria*, 2012, III, 461 ss.; A. Tonetti, *Investimenti infrastrutturali e (in)certezza delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, XI, 1102 ss.; A. Travi, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, I.

<sup>4</sup> Per una definizione positiva del concetto di «servizio idrico integrato», ideato *in primis* dalla c.d. «Legge Galli» (l. 5 gennaio 1994, n. 36) in chiave d'integrazione verticale della filiera idrica al fine di ottenere una razionalizzazione maggiore dell'utilizzo della risorsa, si veda l'art. 141, c. 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152: «Il servizio idrico integrato è costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie. Le presenti disposizioni si applicano anche agli usi industriali delle acque gestite nell'ambito del servizio idrico integrato». Per un quadro generale sul tema dell'organizzazione e gestione del S.I.I. alla luce della normativa in materia contenuta nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, si rinvia a J. Bercelli, (voce) *Servizi idrici*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, 5513 ss.; a S. Cimini, *Il servizio idrico integrato alla luce del Codice dell'ambiente e delle ultime novità normative*, in *Dir. e processo amm.*, 2008, 631 ss.; nonché a M.A. Sandulli, *Il servizio idrico integrato*, in *Federalismi.it*, 2011. Approfondisce le ulteriori fonti normative che

## il metodo tariffario del servizio idrico

ziato a svolgere il nuovo compito affidatole attraverso l'esercizio in concreto dei nuovi poteri regolatori che le sono stati forniti in materia<sup>5</sup>.

definiscono la fattispecie del S.I.I., anche quale servizio pubblico locale di rilevanza economica, A. Santuari, *Profili giuridici e assetti istituzionali della gestione del servizio idrico integrato*, in *Giustamm.it*, 2013. Interessante anche l'analisi, in chiave comparatistica, dell'organizzazione e gestione del S.I.I., condotta attraverso un raffronto tra le varie esperienze del contesto europeo ed extraeuropeo, alla luce del problematico rapporto tra concorrenza e monopolio, nonché tra gestioni private e pubbliche, contenuta in V. Parisio (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata. Una riflessione a più voci*, Milano, Giuffrè, 2011. Per completezza si fa rimando anche alla trattazione generale e sistematica, seppur più datata, sulla natura e sulle finalità del servizio idrico quale servizio pubblico di A. Fioritto, *I servizi idrici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 2505 ss.; all'opera di U. Pototschnig, E. Ferrari, *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche (leggi 5 gennaio 1994, nn. 36 e 37)*, Cedam, Padova, 2000; nonché ai recenti studi sul bene «acqua» contenuti in A. Massarutto, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2011; B. Francesco, *Tutela e gestione delle acque. Pluralità di ordinamenti e governance multilivello del mare e delle risorse idriche*, Milano, Giuffrè, 2012; E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012; M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, Jovene, 2012.

<sup>5</sup> Si veda, per quanto attiene all'attribuzione all'A.E.E.G.S.I. dei nuovi compiti regolatori in materia di servizio idrico integrato, l'art. 21, comma 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici» (convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214) e, in chiave ricognitiva delle varie funzioni regolatorie incluse in detta attribuzione, il d.p.c.m. 20 luglio 2012, «Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell'articolo 21, comma 19 del decreto-legge del 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214». Per una prima esegesi sulle disposizioni di tali testi normativi cfr. G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, cit. Sulla rilevanza giuridica della regolazione del servizio idrico, con attenzione anche alle posizioni dell'utenza e all'evoluzione del quadro normativo in materia regolatoria fino alla recente attribuzione dei poteri *de qua* all'A.E.E.G. (ora A.E.E.G.S.I.), si fa rinvio al contributo di M. Interlandi, *Rilevanza giuridica della qualità dei servizi pubblici e disciplina del servizio idrico integrato nell'attuale processo di liberalizzazione e regolazione "nel" mercato*, in *Impresa Ambiente Management*, I, 2012. Per un approfondimento in generale sulle tematiche della regolazione si rimanda, *ex multis*, a S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; A. La Spina, G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000; M. Antonioli, F. Sarracino, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001; G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2001; M. Clarich, *Le Autorità indipendenti nello "Spazio Regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2004, III, 1035 ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas*, Milano, Giuffrè, 2006; M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010; E. Pontarollo (a cura di), *Il carattere indipendente della regolazione*, Milano, Vita e pensiero, 2010; E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di*

L'Autorità, a seguito di un'ampia consultazione<sup>6</sup>, ha emanato i primi atti regolatori tra cui, per quanto interessa maggiormente, la definizione di un «metodo tariffario transitorio» (di seguito, anche «M.T.T.») contenuto nella citata delibera n. 585/2012/R/idr per la determinazione delle tariffe del S.I.I. per gli anni 2012 e 2013.

L'impatto della nuova regolazione tariffaria sul settore ha generato, sin da subito, una serie di problematiche giuridiche che sono poi state tradotte, da parte delle associazioni di cui sopra, in sede contenziosa dinanzi al T.a.r. per la Lombardia, sede di Milano, che ha tuttavia puntualmente rigettato nel merito entrambi i ricorsi facendo salvezza delle delibere dell'Autorità sottoposte ad azione di annullamento dai ricorrenti.

Semplificando, le varie censure veicolate a mezzo degli atti di ricorso che vanno a delineare il «thema decidendum» sottoposto alla cognizione del giudice amministrativo contestavano la metodologia di calcolo, in particolare la scelta delle varie componenti di costo a copertura tariffaria, adottata dall'A.E.E.G.S.I. nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica in campo regolatorio<sup>7</sup> poiché se ne asseriva l'esplicito contrasto con gli esiti referendari che hanno modificato la disciplina positiva in materia tariffaria.

Ovvero, a detta delle ricorrenti, il referendum abrogativo intervenuto sulla norma definitoria della tariffa del S.I.I. (art. 154, primo comma, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, analizzato *infra*) ha mutato completamente le caratteristiche del settore idrico rendendolo estraneo ad ogni logica di profitto; lo-

*interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010; P. Bilancia, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>6</sup> In particolare si veda il primo documento di consultazione pubblica del 22 maggio 2012, 204/2012/R/idr, ove si espongono le problematiche del settore e s'invita al dialogo e alla raccolta di dati al fine di colmare il gap e le asimmetrie informative che impediscono, in assenza di ogni forma di database centralizzato, un'elaborazione di dati statistici di livello nazionale utili per assolvere al nuovo compito regolatorio dell'A.E.E.G.S.I. Di qui la scelta di procedere a mezzo di metodi di tipo transitorio per giungere, attraverso un approccio di apprendimento empirico e sperimentato, alla definizione di un metodo tariffario di tipo definitivo. Si rimanda ai primi studi sistematici elaborati sul nuovo contesto regolatorio del S.I.I. contenuti in M.R. Mazzola (a cura di), *La regolazione dei servizi idrici. Primo rapporto*, Roma, Astrid, 2013. Sull'importanza della partecipazione nei procedimenti regolatori si rinvia a M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 189 ss.; nonché a S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999.

<sup>7</sup> Per un approfondimento in generale sul rapporto tra autorità indipendenti e discrezionalità, si fa rinvio all'ampio lavoro monografico di P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001.

<sup>8</sup> Si rimanda, per un approfondimento sulle forme gestorie del S.I.I. alla luce dell'assetto

gica che parrebbe violata da parte del regolatore nel momento in cui quest'ultimo opti per l'inserimento nel M.T.T. di una voce di costi qualificata come «oneri finanziari» la quale, nell'idea delle associazioni dei consumatori, si tradurrebbe in una sorta di «nuova etichetta» per reintrodurre surrettiziamente una forma di remunerazione del capitale investito vietata *tout court* dagli esiti abrogativi referendari.

Nel prosieguo del lavoro, si cercherà quindi di fare un'analisi delle questioni principali in materia tariffaria sollevate nei contenziosi citati procedendo con una suddivisione dei vari temi per blocchi omogenei individuando quali possibili macroaree: dapprima un'analisi del rapporto tra esiti referendari, intenzioni dei promotori del referendum e vincolo per il giudice derivante dalla normativa di risulta; in secondo luogo, una riflessione sulla possibilità o meno di realizzare profitti nel S.I.I. alla luce della qualifica giuridica di servizio pubblico economico e degli esiti referendari; da ultimo, un'indagine sulla voce «oneri finanziari» inserita nel M.T.T. al fine di comprendere se sia o meno un canale per una reintroduzione/riproposizione secondo diversa veste formale di una «sostanza» vietata dall'intervento di abrogazione referendaria.

### **2. I vincoli discendenti dal referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 tra fini dei promotori e normativa di risulta**

In data 12 e 13 giugno 2011 si sono svolte le consultazioni referendarie aventi ad oggetto due quesiti inerenti al servizio idrico (ma di riflesso anche ad altri servizi pubblici locali a rilevanza economica) riguardanti, il primo l'abrogazione dell'art. 23-*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica<sup>8</sup>, ed il secondo, che qui occorre analizzare, concernente l'abrogazione parziale dell'art. 154, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente) nella parte in cui si prevede che tra i criteri di articolazione tariffaria si ricomprensca anche «l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito».

In relazione a quest'ultimo, avendo trovato accoglimento la proposta referendaria, il testo dell'art. 154, primo comma, del d.lgs. *cit.*, in esito alla

normativo post referendario, al lavoro di A. Contieri, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in *Giustamm.it*, 2011.

<sup>9</sup> Si veda quanto sostenuto dalle associazioni promotrici nel giudizio di ammissibilità

modifica intervenuta a seguito dell'abrogazione parziale, oggi così dispone: «La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo».

Questa pertanto risulta essere la base positiva vigente in materia di tariffa del S.I.I. quale fondamento necessario per ogni intervento regolatorio da parte dell'A.E.E.G.S.I.

In passato, quando la base positiva anzidetta era differente nella parte in cui vi era l'inclusione, ora espunta, all'interno dell'art. 154, c. 1, d.lgs. cit., della necessaria previsione di una componente concernente l'adeguata remunerazione del capitale investito, trovava applicazione un metodo tariffario c.d. «normalizzato» («M.T.N.») contenuto nel d.m. 1 agosto 1996 che costruiva la tariffa del S.I.I. a mezzo di un parametro c.d. «R» includente una remunerazione del capitale investito con tasso fisso e standardizzato al 7 % quale strumento incentivante e canale per assicurare flussi di investimenti privati nel settore.

L'intervento dei referendari ha inteso, per l'appunto, eliminare detta voce fissa e predeterminata in chiave standardizzata dalle tariffe del S.I.I. agendo sulla disposizione del Codice dell'ambiente (l'art. 154, c. 1, *cit.*) che fornisce i criteri base per ogni metodologia di calcolo tariffario.

La finalità perseguita dalle associazioni promotrici attraverso tale intervento di manipolazione normativa era quella di escludere ogni forma, espressa o surrettizia, di remunerazione del capitale investito che potesse guidare l'investitore privato nell'allocazione delle proprie risorse rendendo, per tale via, estraneo il settore idrico alle logiche del profitto<sup>9</sup>.

In questo modo l'obiettivo finale, essendo preclusa ogni forma di remunerazione del capitale investito e, pertanto, scoraggiata ogni sorta di ap-

del referendum attraverso la lettura della sentenza della Corte Costituzionale del 26 gennaio 2011, n. 26, in *Foro it.*, 2011, I, 670 ss. In particolare ove si afferma che: «[...] attraverso l'abrogazione parziale del comma 1 dell'art. 154, e, in particolare, mediante l'eliminazione del riferimento al criterio della "adeguatezza della remunerazione del capitale investito", si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua».

<sup>10</sup> A. Travi, *La disciplina tariffaria, cit.*, par. 6, parla in proposito di «riserva a favore della

## il metodo tariffario del servizio idrico

porto partecipativo dei privati quali gestori del S.I.I., sarebbe quello di ottenere una ri-publicizzazione<sup>10</sup> totale del settore come modello di gestione più consono, nell'ottica dei referendari, alla visione dell'acqua come «bene comune»<sup>11</sup>. Le finalità perseguite dalle associazioni referendarie, ovvero l'esclusione di ogni forma di profitto e di remuneratività dalla tariffa del S.I.I. nonché, quale corollario applicativo, una gestione del servizio stesso interamente pubblicistica, si fondano su una costruzione giuridica (funzionale a detti obiettivi) che interpreta il S.I.I. quale servizio privo di rilevanza economica<sup>12</sup> (tesi smentita, in più occasioni, dalla Corte Costituzionale – cfr.

gestione pubblica» non fondata su disposizioni legislative che escludano espressamente il privato da forme gestorie del S.I.I. (come nei modelli usati di frequente nel passato attraverso la possibilità costituzionale di cui agli artt. 41 e 43 Cost.) ma a mezzo di una riserva non formalmente stabilita ma realizzata nella sostanza attraverso la privazione (referendaria) della remunerazione del capitale investito dalla tariffa del servizio idrico quale elemento essenziale per una gestione di esso da parte di imprenditori privati.

<sup>11</sup> Sulla categoria giuridica dei «beni comuni» si veda, in dottrina, V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Laterza, 2011; G. Arena e C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Ed. Carocci, 2012; A. Ciervo, *I beni comuni*, Roma, Ediesse, 2012; P. Chirulli, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Giustamm.it*, 2012; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in *Giustamm.it*, 2013. Sottolinea la particolare connotazione dell'acqua come «bene comune» in quanto finalizzata al soddisfacimento di esigenze essenziali delle persone non subordinabili ad altre A. Travi, *La disciplina tariffaria*, cit., par. 1. L'Autore, inoltre, sempre con riferimento alle caratteristiche singolari del «bene acqua» ribadisce come «[s]i tratterebbe, insomma, di un servizio “diverso”, con la conseguenza che rispetto alla sua disciplina, secondo un comune modo di pensare, le diverse componenti economiche dovrebbero ricevere un rilievo minore, mentre le ragioni sociali sarebbero preponderanti». Più in generale, per quanto attiene alle considerazioni sull'importanza del servizio idrico quale servizio fondamentale per la comunità e del patrimonio idrico come «fine» e «organizzazione di scopo», si rinvia alle riflessioni di G. Pastori, *Tutela e gestione delle acque*, in *Scritti Scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 583 ss. In particolare l'Autore osserva che siccome, a partire dalla c.d. «Legge Galli» (l. 5 gennaio 1994, n. 36), «[i]l patrimonio idrico si presenta come fine e come risultato da conseguire da parte dei pubblici poteri, in quanto servizio per la comunità, ne deriva necessariamente che l'amministrazione delle acque deve potersi configurare oggi nel suo insieme come un'organizzazione di scopo».

<sup>12</sup> Per chiarezza espositiva, finalizzata ad una miglior comprensione della qualificazione giuridica del S.I.I. avanzata dalle associazioni ricorrenti in linea con la visione sopraesposta dei comitati promotori, appare opportuno tratteggiare una minima definizione della categoria dei servizi pubblici privi di rilevanza economica in modo da far emergere una generale differenza rispetto a quelli aventi, per converso, rilevanza economica. Si possono definire come servizi pubblici privi di rilevanza economica tutte quelle attività (spesso fatte coincidere con i c.d. «servizi sociali») che perseguono una finalità primaria di tipo solidaristico rea-

note successive – che, viceversa, ha continuato ad interpretare il servizio idrico quale servizio a rilevanza economica)<sup>13</sup>.

In conformità a questi assunti le associazioni ricorrenti davanti al Tar, in difesa della citata visione referendaria, hanno contestato, con articolati motivi di ricorso, in più parti il nuovo metodo tariffario, adottato dall’A.E.E.G.S.I. sulla base della normativa di risulta di cui all’art. 154, c. 1, d.lgs. *cit.*, lamentandone la violazione e la contrarietà agli esiti referendari, interpretati peraltro secondo una forte visione «propositiva» colorata dalle finalità da essi perseguite.

Tale opzione interpretativa non sembra, tuttavia, condivisibile.

Infatti, il referendum abrogativo, come chiarito più volte dalla stessa

lizzata attraverso un’attività priva dello scopo di lucro, insuscettibile di produrre profitti e finanziata, in prevalenza o totalmente, a mezzo della fiscalità generale. I servizi pubblici a rilevanza economica, invece, rappresentano tutte quelle attività (in linea con la definizione europea di «servizio di interesse economico generale») che si sostanzino in un’offerta di beni e/o servizi sul mercato e che presentino al contempo il carattere astrattamente lucrativo dell’attività (remunerata attraverso un corrispettivo versato dagli utenti del servizio) e il soddisfacimento di certi bisogni della collettività/utenza. Per un approfondimento teorico sulla distinzione cfr. D. Strazzari, *I confini del mercato: sulla controversa nozione di servizi pubblici privi di rilevanza economica*, in *Giurisd. amm.*, 2006, V, 125 ss.; E. Iorio, P. Monea, *La distinzione tra i servizi pubblici a rilevanza economica e non a rilevanza economica. Breve commento a sentenza T.a.r. Sardegna del 28 agosto 2005, n. 1729*, in *Amm. it.*, 2006, I, 31 ss. Sulle costruzioni dottrinali in tema di pubblici servizi in generale si rinvia, *ex pluribus*, ai contributi di U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964; F. Zuelli, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, Giuffrè, 1973; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 2581 ss.; F. Liguori, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005; R. Villata, *I pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2008; F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Torino, Giappichelli, 2010; R. Villata, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>13</sup> In particolare, tale ricostruzione è palesata dai comitati promotori del referendum nella «*Relazione introduttiva ai quesiti referendari*» (a firma di G. Azzariti, G. Ferrara, A. Lucarelli, U. Mattei, L. Nivarrà, S. Rodotà; reperibile all’indirizzo web [www.acquabenecomune.org](http://www.acquabenecomune.org)) ove, espressamente, si sostiene che il servizio idrico, per effetto dell’accoglimento della proposta referendaria, «[...] diverrà così strutturalmente e funzionalmente “privo di rilevanza economica”» e «[...] sarà nuovamente di interesse generale e il diritto all’acqua, quanto meno per i cinquanta litri giornalieri (igiene, salute, alimentazione), sarà assolutamente estraneo a logiche tariffarie, ponendo i relativi costi a carico della fiscalità generale. In questo modo il diritto all’acqua riacquisterebbe a pieno titolo il suo status di diritto umano e diritto fondamentale dei cittadini, assolutamente, nella sua quantità vitale, non subordinabile a qualsiasi logica mercantile ed economica di profitto, da gestirsi anche “nell’interesse delle generazioni future”».



## il metodo tariffario del servizio idrico

Corte costituzionale<sup>14</sup> nonché dalla dottrina<sup>15</sup>, non può avere effetti propositivi ma unicamente abrogativi. Ne discende che il suo effetto sull'ordinamento va valutato unicamente secondo l'esegesi di quella che è la normativa attuale di risulta dopo l'operato effetto abrogativo.

Tale metodica è stata seguita anche dal T.a.r. di Milano, nell'esaminare in sede di cognizione le censure avanzate dalle ricorrenti, laddove chiaramente espone che occorre «[...] prendere le mosse da un'asserzione fondamentale, vale a dire quella per cui l'analisi della normativa risultante dal referendum (da reputarsi esclusivamente abrogativo e non propositivo, ai sensi dell'art. 75 Cost., cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 34/2000), non può essere confusa con le finalità di ordine politico o sociale – ovviamente assolutamente legittime – perseguite dalle associazioni o dai soggetti che hanno promosso il referendum stesso, soggetti ai quali si possono ricondurre le attuali ricorrenti»<sup>16</sup>.

Ciò sembra suggerire che il ruolo del giudice amministrativo consista unicamente in un compito interpretativo del diritto positivo con il proprio

<sup>14</sup> Si veda, a sostegno, quanto affermato da C. cost., 10 febbraio 1997, n. 36, in *Giur. cost.*, 1997, 316: «[...] non si produce certo, come invece richiesto dalla disciplina sul referendum abrogativo, un effetto di ablazione puro e semplice: [...] non si verificherebbe, quindi, il proprium del referendum abrogativo, che è essenziale per l'istituto. [...] In definitiva, l'abrogazione parziale chiesta con il quesito referendario si risolve sostanzialmente in una proposta all'elettore, attraverso l'operazione di ritaglio sulle parole e il conseguente stravolgimento dell'originaria ratio e struttura della disposizione, di introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento, ma anzi del tutto estranea al contesto normativo. [...] L'individuazione allora, nella struttura del quesito, accanto al profilo di soppressione di mere locuzioni verbali, peraltro inespressive di qualsiasi significato normativo, del profilo di sostituzione della norma abroganda con altra assolutamente diversa, non derivante direttamente dall'estensione di preesistenti norme o dal ricorso a forme autointegrative, ma costruita attraverso la saldatura di frammenti lessicali eterogenei, pone in luce il carattere propositivo del quesito stesso. Ma se così è, si fuoriesce dallo schema tipo dell'abrogazione "parziale", proprio perché non si propone tanto al corpo elettorale una sottrazione di contenuto normativo, ma si propone piuttosto una nuova norma direttamente costruita». Nello stesso senso C. cost. 7 febbraio 2000, n. 34, in *Giur. cost.*, 2000, 266: «[...] inammissibile quesito propositivo (sentenza n. 36 del 1997), il quale non rientra nello schema dell'art. 75 della Costituzione perché, anziché far deliberare la abrogazione anche solo parziale di una legge, sarebbe invece destinato a far costruire direttamente dal corpo elettorale una disciplina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo».

<sup>15</sup> *Ex pluribus*, F. Giuseppe, *Oblivio dell'art. 75 Cost. e tramonto del referendum abrogativo (Osservazione a C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 50)*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 398 ss.; F. Modugno, *Ancora una "rassegna" sull'ammissibilità dei "referendum" abrogativi, dopo vent'anni*, in *Giur. cost.*, III, 2001, 1785 ss.; S. Rosa, *(In tema di richiesta di referendum popolare)*, in *Giur. it.*, 2005, XI, 2022 ss.

<sup>16</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779.

arsenale di strumenti ermeneutici senza dover creare in via pretoria un assetto della normativa conforme a finalità di ordine generale ricavabili da un'interpretazione personale degli scopi e della volontà generale dei promotori di un referendum, poiché gli obiettivi di ordine politico, quali *ratio* delle proposte referendarie, devono trovare un riconoscimento unicamente attraverso i diversi canali della politica e della riforma in chiave legislativa<sup>17</sup>.

Si tratta di un assunto da condividere, conforme al carattere abrogativo del referendum. Pertanto, per valutare la legittimità o meno delle disposizioni contenute nel M.T.T. impugnato si deve avere come parametro di raffronto il solo testo dell'art. 154, c. 1, del d.lgs. n. 152/2006, quale fonte normativa in materia, nella versione modificata dall'esito del referendum abrogativo.

### **3. La distinzione tra profittabilità teorica *ex post* e remunerazione garantita vietata *ex ante***

Ciò premesso, ci si è chiesti poi se l'eliminazione dall'art. 154, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, della locuzione «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito» escluda *tout court* ogni possibilità astratta di profitto dal settore oppure se quest'ultima sia ammissibile a certe condizioni.

In particolare, di fronte a detto interrogativo si possono infatti profilare due tesi tra loro diametralmente opposte: da una parte vi è chi sostiene che sia esclusa, in chiave assoluta, qualsivoglia forma di profittabilità nel settore, dall'altro lato chi, con posizione più mediana, afferma che non vi sia alcun aprioristico divieto assoluto di conseguire un profitto.

La prima posizione assolutamente radicale, la quale corrisponde nella sostanza a quella veicolata dai ricorrenti e identica, negli intenti, all'idea dei promotori del referendum, sostiene che il compito della regolazione successiva agli esiti referendari sarebbe unicamente quello di garantire una stretta e rigida rispondenza tra costi effettivamente sostenuti e ricavi conseguiti senza ammettere alcuna forma di ritorno sul capitale che crei stimoli e segnali per gli investitori secondo logiche proprie del privato.

Secondo questa visione la regolazione tariffaria dell'A.E.E.G.S.I. do-

<sup>17</sup> Sulla compresenza di una contrapposizione tra ragione politica e ragione economica nelle vicende dell'ultimo decennio di disciplina del S.I.I. nonché nella logica delle consultazioni referendarie del 12-13 giugno 2011, si veda quanto ben riportato da A. Travi, *La disciplina tariffaria*, cit., par. 1.

## il metodo tariffario del servizio idrico

vrebbe rendere impossibile, per il settore idrico, qualunque tipo di ritorno economico sul capitale di rischio allocato ed immobilizzato in investimenti programmati in base al piano d'ambito, di modo da consentire, tramite tale influenza e sterilizzazione del potere regolatorio dell'Autorità, la realizzazione pratica delle finalità di ordine politico proprie dei quesiti referendari (prima accennate), ovvero la realizzazione di una gestione pan-pubblicistica del S.I.I. e l'estromissione di ogni gestore privato.

Viceversa, secondo la tesi opposta la normativa di risulta, ovvero il dettato dell'art. 154, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006, interpretata in senso letterale e giuridico senza alcun preconetto politico-ideologico, non contempla alcun divieto assoluto di trarre profitto dalla gestione del S.I.I., il quale rimanendo qualificabile come «servizio pubblico locale di rilevanza economica»<sup>18</sup> presuppone sempre, per definizione, la possibilità astratta di conseguimento di un profitto.

Tale seconda ricostruzione sembra preferibile per una serie di ragioni, cui *infra*, ben espresse anche dal Tar lombardo che, nelle sentenze in commento, ha mostrato di aderire a tale opzione interpretativa laddove ha so-

<sup>18</sup> Sulla qualifica del S.I.I. quale «servizio pubblico locale di rilevanza economica» si veda quanto sostenuto da C. cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro it.*, 2011, I, 1332 ss.: «[...] il legislatore statale, in coerenza con la menzionata normativa comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato (come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 246 del 2009), ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione». La stessa qualifica, si desume da una serie di riferimenti, contenuti nelle sentenze della Corte Costituzionale di ammissibilità degli stessi quesiti referendari. In particolare in C. cost., 26 gennaio 2011, n. 27, in *Giur. cost.*, 2011, 307 ss.: «La richiesta di abrogazione referendaria non ha ad oggetto l'indicata complessiva disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico integrato) [...]»; e C. cost., 26 gennaio 2011, n. 26, in *Foro it.*, 2011, I, 670 ss.: «[...] essendo coesistente alla nozione di "rilevanza" economica del servizio idrico integrato l'esercizio dell'attività 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)» (sentenza n. 325/2010, punto 9.1. del Considerato in diritto). Pertanto il carattere remunerativo della tariffa non può essere definito elemento caratterizzante la nozione di "rilevanza" economica del servizio idrico integrato». Come emerge dalla lettura delle citate sentenze, in particolare da quelle di ammissibilità degli stessi quesiti referendari, la Corte costituzionale, contrariamente ai *desiderata* delle associazioni promotrici, non ha mai interpretato il servizio idrico quale servizio pubblico locale privo di rilevanza economica ma ne ha sempre, viceversa, ribadito la rilevanza economica con tutte le implicazioni argomentative circa il possibile carattere astrattamente lucrativo dell'attività gestoria.

stenuto esplicitamente che «[...] anche dopo il più volte citato referendum abrogativo, il servizio idrico integrato deve essere qualificato come servizio di interesse economico (secondo la definizione di cui alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010) [...]»<sup>19</sup>.

In particolare, s'intende sottolineare che il referendum abrogativo ha eliminato unicamente la voce tariffaria sulla remunerazione «adeguata» del capitale, intesa come parametro riconosciuto in tariffa in modo obbligato, standardizzato ed *ex ante*, cui corrisponde il divieto di riconoscere al gestore una remunerazione del capitale che sia fissa e garantita come avveniva con il passato «metodo tariffario normalizzato» («M.T.N.») di cui al citato d.m. 1 agosto 1996 ove la componente sulla remunerazione del capitale investito era tradotta in un 7 % assicurato il quale, trattandosi di un parametro slegato dai reali andamenti del settore, conduceva, nei fatti, il gestore a conseguire extra-profitti.

Viceversa, l'art. 154, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, interpretato nel suo senso letterale ove si dispone unicamente il rispetto, quale criterio di articolazione delle voci tariffarie, della necessaria aderenza ai costi (c.d. principio del «*full cost recovery*») pare rendere legittimo ogni profitto realizzato *ex post* dal gestore come esito dei minori costi di gestione al di sotto dei costi standard fissati dall'A.E.E.G.S.I. in tariffa.

Tale lettura dell'art. 154, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, trova conferma anche in vari passaggi argomentativi delle sentenze del Tar Lombardia oggetto di commento. Il giudice amministrativo, infatti, rimarca più volte la necessità giuridica di un forte recupero del principio di copertura integrale dei costi, così come previsto dall'art. 154 succitato nella versione post referendaria, quale base per ogni futura metodica tariffaria in materia, in quanto «[...] anche dopo il più volte citato referendum abrogativo, il servizio idrico integrato deve essere qualificato come servizio di interesse economico (secondo la definizione di cui alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010), caratterizzato, quanto ai profili tariffari, dalla necessità della copertura integrale dei costi. Il principio del c.d. *full cost recovery* trova esplicito fondamento normativo non solo a livello nazionale (così i già citati articoli 154 del Codice dell'ambiente, il DPCM 20.7.2012 e l'art. 10 del DL 70/2011), ma anche comunitario».

In altre parole sembra che, mentre prima dell'intervento referendario la metodica tariffaria allora vigente (M.T.N.) faceva sì che, sempre e in modo incondizionato, la tariffa del S.I.I. contenesse una componente rappresentante la remunerazione del capitale investito, identificata in un para-

<sup>19</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779.

## il metodo tariffario del servizio idrico

metro (della formula di calcolo) fissato in una misura determinata una volta per tutte nel 7 % di cui al decreto ministeriale *ut supra*, viceversa, a seguito dell'abrogazione parziale del referendum, il metodo di calcolo della tariffa del servizio idrico debba attenersi unicamente ai costi sostenuti dai gestori senza possibilità che sia prevista *ex ante* alcuna ulteriore componente che garantisca un certo profitto.

Ciò però non significa, come sostenuto dai ricorrenti, che la disposizione di cui all'art. 154, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, epurata della locuzione sull' «[...] adeguatezza della remunerazione del capitale investito» comporti unicamente la possibilità di ideare nuovi metodi tariffari che si basino su un divieto assoluto di remunerazione, anche *ex post* in base all'efficienza della gestione operativa, in modo che la tariffa del S.I.I. non possa mai realizzare nei fatti una qualsivoglia forma di profitto quasi come in applicazione di un principio tale per cui tutto ciò che non è più espressamente consentito è per ciò stesso vietato.

Bensì, sembra di poter ritenere che la remunerabilità del capitale immobilizzato e investito nel settore non sia né sicuramente imposta (come in passato), né necessariamente esclusa (in astratto), ma sia consentita in via fattuale attraverso il meccanismo del riconoscimento di costi standard il quale implica, qualora il gestore sia efficiente e riesca a minimizzare i costi al di sotto delle soglie standard fissate dal regolatore, la possibilità di ottenere un profitto, o comunque un vantaggio economico.

D'altronde, la metodologia tariffaria basata sul riconoscimento di costi standard efficienti<sup>20</sup>, differente dall'altra alternativa praticabile consistente in meri rimborsi a piè di lista, è imposta all'A.E.E.G.S.I. da norme di legge.

In particolare, ci si riferisce alla l. 14 novembre 1995, n. 481 ove si prescrive, l'utilizzo del c.d. metodo del «*price-cap*»<sup>21</sup> per la formulazione delle ta-

<sup>20</sup> Si vedano le premesse alla delibera n. 585/2012/R/idr ove si ribadisce come i costi ammissibili e traslabili in tariffa «non possano che essere basati, nel rispetto delle disposizioni della legge 481/95 e dei consolidati principi giurisprudenziali su di essa formati, non su riconoscimenti a piè di lista – che possono favorire comportamenti inefficienti o opportunistici, o da parte dei gestori o da parte degli enti finanziatori, cui verrebbe assicurato il ristoro di qualunque ammontare di costo, anche se non ragionevole o proporzionato – bensì su riferimenti standard, in linea con i principi della regolazione volti all'individuazione di riferimenti efficienti ai quali i gestori devono adeguarsi».

<sup>21</sup> Con il termine «*price-cap*» ci si riferisce ad metodo regolatorio riferito alle tariffe dei servizi pubblici che si basa sulla fissazione di un vincolo al tasso di crescita di voci di costo o della tariffa. Il regolatore impone, perciò una barriera massima a cui una serie di voci può tendere per un certo numero di anni, consentendo, al contempo che, nel rispetto di questo tetto, il gestore sia libero di fissare i prezzi e le tariffe che desidera stimolando un percorso di

riffe, attraverso il combinato disposto di varie disposizioni richiamate, per l'appunto, anche dalla sentenza del Tar lombardo in analisi, nella parte in cui dispone che «[...] il riconoscimento in tariffa dei costi sostenuti può avvenire o mediante una sorte di rimborso a piè di lista dei costi stessi oppure attraverso un sistema di premio e promozione dell'efficienza del gestore, che riconosca i soli costi standard, non superiori ad una media prefissata. Tale ultimo sistema è ormai sempre più diffuso, di fronte agli evidenti difetti del primo, che finirebbe per premiare le inefficienze del gestore – che vedrebbe riconosciuto ogni tipo di costo, anche superfluo o superiore a quelli di mercato – ed è quello adottato dalle autorità indipendenti di regolazione, essendo volto a migliorare la qualità del servizio reso all'utenza e a premiare le gestioni più capaci ed efficienti. In tal senso, la stessa legge 481/1995 – istitutiva dell'AEEG – impone un sistema di fissazione tariffaria secondo un criterio di costi standard; si veda sul punto l'art. 2, commi 12°, 17°, 18° e 19° della legge medesima. La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, ha più volte manifestato il suo sfavore per sistemi di riconoscimento per così dire automatico dei costi, con probabile trasferimento sull'utenza, attraverso il meccanismo tariffario, delle inefficienze aziendali».

Pertanto, in conclusione si può affermare che ciò che non è più consentito, dopo l'intervenuto esito abrogativo del referendum, è unicamente la fissazione da parte dell'A.E.E.G.S.I. di una voce tariffaria che espressamente garantisca un utile al gestore in forma *ex ante*, quale componente tariffaria predeterminata e standardizzata<sup>22</sup>.

Viceversa, appare pienamente conforme con il quadro positivo vigente una metodologia tariffaria che permetta al gestore del S.I.I. il conseguimento

maggiore efficienza, a beneficio dell'utenza nel lungo periodo. Per un approfondimento su tale strategia regolatoria si rinvia, in dottrina, ai contributi di L. Rovizzi, D. Thompson, *Regolamentazione della qualità dei servizi nelle imprese pubbliche sottoposte a price cap regulation: il caso della Gran Bretagna*, in *L'Industria*, 1992, XIII, 29 ss.; M. Beccarello, *Price-cap e recupero di produttività: suggerimenti dalla regolazione del settore del gas*, in *Economia pubblica*, 1998, IV, 5 ss.; D. Lanzi, M. Carassiti, *Regolamentazione price cap e problemi di efficienza*, in *L'Industria*, 2000, II, 289 ss.; M.P. Lupò Avagliano, *Regolamentazione tramite price cap, efficienza e sviluppo della concorrenza*, in M. P. Lupò Avagliano (a cura di), *L'efficienza della Pubblica Amministrazione: misure e parametri*, Milano, Franco Angeli, 2001, 28 ss.; M. Atelli, *Il ruolo della tariffa nella disciplina del servizio idrico integrato*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2010, I, 221 ss.

<sup>22</sup> La stessa Autorità, infatti, nelle premesse della propria deliberazione sul M.T.T. n. 585/2012/R/idr pone espressa attenzione, nei vari aspetti rilevati, al fatto che «[...] con il d.P.R. 116/11, proclamativo dell'esito del referendum popolare svoltosi in data 12 e 13 giugno 2011 (secondo quesito), è stato parzialmente abrogato l'art. 154, comma 1, del d.lgs. 152/06 nella parte in cui includeva, tra i criteri per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, l'«adeguatezza della remunerazione del capitale investito»».

mento di una forma di profitto *ex post*<sup>23</sup> solo se conseguito nella forma dell'ottimizzazione e della riduzione dei costi di gestione rispetto a quelli standard ammessi dal regolatore in base al meccanismo del «*price-cap*»<sup>24</sup>.

#### 4. La questione degli «oneri finanziari»: una reintroduzione surrettizia della situazione precedente al referendum?

Dopo aver analizzato il tema della profittabilità nel S.I.I., tra situazione ante e post referendum, rimane da porre l'attenzione sulla questione nodale e cardine del contenzioso sottoposto all'attenzione del giudice amministrativo lombardo dalle associazioni ricorrenti.

Ci si riferisce alla lamentata elusione del referendum da parte dell'A.E.E.G.S.I. nel momento in cui include nel proprio M.T.T., tra le componenti della tariffa, una voce relativa ad «oneri finanziari» che surrettiziamente sembrerebbe riproporre, sotto diversa veste formale, una remunerazione del capitale identica a quella esistente nella vigenza del precedente M.T.N. prima dell'intervenuto esito abrogativo di luglio 2011.

L'Autorità di regolazione del settore, in aderenza ad una interpretazione della normativa di risulta, ovvero dell'art. 154, primo comma, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (nel testo modificato dal referendum), ha inteso adottare un metodo tariffario rispettoso del principio della copertura integrale dei costi<sup>25</sup> (c.d. «*full cost recovery*») al fine di garantire l'economicità della

<sup>23</sup> D'altronde è pacifico, per giurisprudenza consolidata, che coesistente ad una qualificazione di un servizio pubblico come servizio a rilevanza economica (nel quale rientra, per definizione data dalla Corte cost., il S.I.I.) sia il carattere astrattamente lucrativo dell'attività che implica la possibilità quanto meno teorica di conseguire un profitto, ovviamente non garantito a priori come nel passato regime. A conforto di questa conclusione, si veda, Cons. St., 23 ottobre 2012, V, n. 5409: «[...] la qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è correlata alla astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore».

<sup>24</sup> La preferenza per un modello regolatorio di riconoscimento dei costi a mezzo di meccanismi di «*price-cap*» in luogo di meri riconoscimenti a piè di lista è ribadita anche da numerosa giurisprudenza. *Ex multis*, Cons. St., 6 luglio 2006, n. 4290: «[...] il riconoscimento a piè di lista dei costi [...] potrebbe innescare abitudini di stampo monopolistico od oligopolistico per le quali le inefficienze aziendali possono poi, in qualche modo, essere scaricate sulle collettività di utenti [...]» e Cons. St., 4 settembre 2006, n. 5085: «L'efficienza non sarebbe perseguibile se i costi venissero ripianati a piè di lista, tale modus operandi, al contrario, incentiverebbe l'inefficienza. L'Autorità non deve considerare i costi effettivi ma i costi efficienti. La tutela degli interessi dei consumatori non potrebbe essere perseguita se si consentisse agli operatori di traslare gli oneri per intero sugli utenti finali e sui prezzi finali».

<sup>25</sup> Si vedano, quali espliciti fondamenti normativi di tale principio in materia di tariffa

gestione, *id est* l'autosufficienza della stessa coesistente al conservato carattere, come detto poc'anzi, del S.I.I. come servizio pubblico locale di rilevanza economica.

Su questa base, vengono riconosciuti in tariffa, in base all'art. 4 della delibera n. 585/2012/R/idr, i «[...] costi delle immobilizzazioni, intesi come la somma degli oneri finanziari, degli oneri fiscali e delle quote di restituzione dell'investimento», calcolati in concreto attraverso le formule contenute nell'articolo 18<sup>26</sup> dell'allegato «A» alla delibera.

Le censure mosse dalle ricorrenti si concentrano, per l'appunto, su due componenti della formula di calcolo elaborata dal regolatore: quella a copertura della rischiosità ed il tasso di interesse che viene riconosciuto anche sul capitale proprio investito (c.d. «capitale di rischio»<sup>27</sup>) e non solo sul capitale a prestito (c.d. «capitale di debito»<sup>28</sup>).

Tali voci, secondo le associazioni referendarie, non rappresenterebbero costi effettivi del gestore, ma una sorta di componente di incentivazione

del S.I.I., oltre al già citato art. 154, primo comma, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152: l'art. 2 lett. e) del d.p.c.m. 20 luglio 2012 («[...] attuazione dei principi comunitari "recupero integrale dei costi" [...]»); l'art. 9 della direttiva 2000/60/CE («Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III [...]»); l'art. 10 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito con legge 12 luglio 2011, n. 106), comma 11 e comma 14 («[...] predispone il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi [...]»); il parere Cons. St., sez. II, 19 dicembre 2012, n. 267 («[...] rispetto del complessivo e articolato quadro normativo che, sul piano nazionale ed europeo, regola i criteri di calcolo della tariffa, in specie imponendo che si assicurino la copertura dei costi»).

<sup>26</sup> La formula per il calcolo degli oneri finanziari annuali nel S.I.I. è la seguente:  $OF^a = (Km + \alpha) * (1 - CIN^b / CIN^a) * CIN^a$  dove:  $OF^a$  rappresenta gli oneri finanziari;  $km$  indica il tasso di interesse di riferimento;  $\alpha$  è la componente a copertura della rischiosità;  $CIN^b$  è il parametro sulle immobilizzazioni finanziate con contributi pubblici e/o privati a fondo perduto ed, infine,  $CIN^a$  indica il capitale netto investito.

<sup>27</sup> Il capitale di rischio rappresenta quella parte di capitale, che va a formare il c.d. capitale sociale, che è conferita da coloro che partecipano in modo diretto al rischio d'impresa (imprenditore o soci) i quali, perciò, vengono identificati come detentori della proprietà societaria.

<sup>28</sup> Il capitale di debito rappresenta l'insieme dei vincoli di passività di tipo oneroso che gravano sull'azienda come conseguenza dei debiti che la stessa è andata a contrarre con soggetti terzi che assumono il ruolo di finanziatori (es. prestiti bancari, mutui, prestiti obbligazionari etc.).



## il metodo tariffario del servizio idrico

degli investimenti privati che il referendum abrogativo ha inteso eliminare nel momento in cui impone unicamente una tariffa calibrata su voci di costo effettivamente sostenute.

Così, infatti, il giudice amministrativo lombardo ha sottolineato la centralità della critica in questione, punto nodale del contenzioso *de qua*: «Secondo le esponenti, però, il citato riconoscimento dei costi finanziari si traduce nella sostanziale riproposizione del metodo tariffario normalizzato previsto dal DM del 1.8.1996, nonostante per effetto del referendum abrogativo non possa più essere ammessa alcuna remunerazione del capitale, in quanto il costo derivante dall'uso del capitale proprio non potrebbe più trovare alcun riconoscimento tariffario, giacché lo stesso implicherebbe necessariamente l'attribuzione di un profitto al gestore, soluzione quest'ultima che il referendum ha voluto in ogni modo evitare»<sup>29</sup>.

Pertanto, la questione sollevata dinanzi al giudice amministrativo si è concentrata sull'interpretazione del concetto di «costo» quale unico parametro che deve guidare, in aderenza al più volte citato principio di copertura integrale dei costi, il regolatore tecnico nella formulazione dei nuovi metodi tariffari.

Poiché l'allegato «A» alla delibera sul M.T.T. contiene formulazioni che impongono una stima delle varie componenti di costo secondo un'analisi che è di tipo economico, sembra corretto, in linea con la ricostruzione del Tar lombardo, che l'A.E.E.G.S.I. abbia privilegiato una nozione c.d. «economica»<sup>30</sup> di costo che è più ampia e differente dalla diversa nozione di costo, prevista a fini diversi e irrilevante nella materia qui trattata, avanzata negli atti processuali dalle ricorrenti, quale ricavabile dai principi contabili internazionali c.d. «I.A.S.»<sup>31</sup> (*International Accounting Standards*) che indicano i riferimenti per la definizione degli elementi della contabilità di un'impresa.

Siccome è pacifico, nella scienza economica, che nella nozione «eco-

<sup>29</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779.

<sup>30</sup> Il termine del dibattito si concentra sulle differenze concettuali tra «costo economico» e «costo contabile». Con l'espressione «costi contabili» (o costi storici) s'indica la rappresentazione, a mezzo di somma totale, del denaro (o del valore monetario dei beni) effettivamente speso per acquistare fattori produttivi e rendicontato sulle fatture e nei libri contabili. Viceversa, i «costi economici», che possono anche non coincidere con i costi contabili, sono un *genus* più ampio, poiché ricomprendono anche, oltre alle spese effettive, i c.d. «costi opportunità» o «impliciti» indicanti il valore del bene o del servizio a cui si rinuncia ogni volta che si attui una scelta.

<sup>31</sup> Gli «*International Accounting Standards*» («I.A.S.») sono principi contabili internazionali emanati da un gruppo di professionisti contabili, i c.d. «*International Accounting Standards Committee*» («I.A.S.C.») a partire dai primi anni '70, al fine di avviare un percorso di standardizzazione mondiale delle regole contabili.

nomica» di costo la quale, come detto, ci pare avere rilievo per la costruzione della tariffa del S.I.I., rientrino anche le voci di c.d. «costo-opportunità»<sup>32</sup> o «costo-implicito», ne consegue per derivazione logica che anche il costo derivante dall'investimento del capitale proprio (c.d. «capitale di rischio») deve trovare riconoscimento in tariffa.

In senso adesivo a tale ricostruzione, viene dimostrato anche dal Tar, in più passaggi<sup>33</sup>, come l'immobilizzazione di capitale proprio per effettuare investimenti nel settore idrico determini un rischio d'impresa di identico contenuto rispetto a quello derivante dall'impiego di capitale preso a prestito (c.d. «capitale di debito») e, pertanto, siccome l'art. 154 del Codice dell'Ambiente, nella sua versione post referendum, si limita unicamente a imporre la copertura integrale dei costi d'investimento senza operare alcun distinguo, ne consegue che sarebbe irragionevole consentire una copertura integrale in tariffa di alcuni costi ed escluderne, viceversa, l'inserimento di altri (nel caso di specie i costi generati dall'immobilizzazione del capitale proprio) che sono pur sempre costi in senso effettivo ed economico al pari dei primi<sup>34</sup>.

La soluzione è da approvare. Infatti, adottando un'argomentazione consequenzialista, ovvero orientata dalle conseguenze generate dallo sviluppo di un'ipotesi di scelta, non è difficile mostrare gli effetti paradossali

<sup>32</sup> Il «costo opportunità» (rientrante nel *genus* del concetto di «costo economico») indica il valore della migliore alternativa non scelta per poter raggiungere l'attuale sforzo, ovvero, in altre parole, cosa si sarebbe potuto ottenere a mezzo delle risorse spese nell'esercizio dell'impresa. Esso ci raffigura, pertanto, delle opportunità passate e si basa su uno dei principi fondamentali dell'economia: il principio della scarsità delle risorse. Infatti, ogni volta che si prende la decisione circa una determinata allocazione di una risorsa, di fatto si rinuncia alla possibilità di utilizzarla per scopi alternativi: ed ecco emergere, il «costo opportunità».

<sup>33</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779: «Non appare dubbio, infatti, secondo l'orientamento pressoché totale della scienza economica, che nella nozione di “costo” rientra anche quello sopra indicato, da intendersi quale “costo-opportunità” o “costo-implicito”, nel senso del valore del mancato impiego del fattore produttivo in altra attività comunque profittevole. Del resto, l'impiego di capitale proprio per un investimento in beni durevoli (quali possono essere, ad esempio, gli impianti del servizio idrico integrato), determina un rischio di impresa non differente sostanzialmente da quello derivante dall'impiego di capitale preso a prestito (ad esempio, utilizzando il credito bancario), per cui non si vede perché in quest'ultimo caso il gestore abbia diritto alla copertura dei costi in tariffa, mentre nel primo caso dovrebbe essere esclusa ogni copertura tariffaria».

<sup>34</sup> *Contra* A. Travi, *La disciplina tariffaria*, cit., par. 5, nella parte in cui sottolinea che «[...] il dubbio nasce per il fatto che, al di là di ogni elemento quantitativo, la contrapposizione fra i costi affrontati per acquisire le risorse finanziarie e la remunerazione del capitale appare debole, sul piano dei principi e della teoria economica: infatti sembra trattarsi piuttosto di voci omogenee, che descrivono una distinzione (quella fra il ricorso al credito di terzi e l'utilizzo del capitale di rischio già a disposizione dell'operatore) che non è sostanziale».

## il metodo tariffario del servizio idrico

che discenderebbero da una differenziazione, si ribadisce non imposta dal quadro normativo vigente, tra le varie fonti di finanziamento.

Infatti, se il regolatore optasse per un metodo tariffario nel quale vi sia un'asimmetria esplicita tra copertura del costo del capitale di rischio e copertura del costo del capitale di debito, escludendo il riconoscimento in tariffa di tutti i costi generati dall'impiego del primo, ne deriverebbe che qualunque operatore economico razionale destinerebbe le proprie disponibilità di capitale sociale a fini diversi, utilizzando per gli investimenti nel S.I.I. unicamente capitale reperito a mezzo di finanziamenti esterni, ovvero capitale di debito avente riconoscimento tariffario.

Tale scelta aziendale comporterebbe, di fatto, un incremento degli oneri finanziari, i quali, a catena, determinerebbero un innalzamento degli importi tariffari a carico dell'utenza realizzando, per tale via, un risultato esattamente all'opposto della volontà dei referendari.

Lo stesso giudice amministrativo lombardo ha compreso immediatamente le implicazioni rischiose nonché le conclusioni paradossali cui potrebbe condurre un pieno svolgimento delle premesse teoriche propugnate dalle associazioni ricorrenti, ovvero giungere a «[...] premiare l'indebitamento esterno dei gestori (il solo riconosciuto in tariffa), rispetto all'utilizzo di mezzi propri, con conseguente aumento della tariffa stessa (per far fronte agli oneri finanziari connessi al ricorso al credito bancario), a scapito pertanto degli stessi consumatori, i cui interessi le associazioni ricorrenti dichiarano di voler perseguire. Tale interpretazione, apparendo illogica e contrastante con le finalità di tutela dell'utenza, deve essere respinta, reputandosi invece preferibile un'esegesi dell'art. 154, comma 1, tale da garantire la copertura integrale dei costi, con esclusione di profitti indebiti e predeterminati»<sup>35</sup>.

Pertanto, visto che secondo la scienza economica dominante v'è un'equiparazione tra costo del capitale di rischio e costo del capitale di debito, non rimane che analizzare se la formula per il riconoscimento degli oneri finanziari adottata dall'A.E.E.G.S.I. nel citato art. 18 dell'allegato «A» alla delibera reintroduca, nei fatti, un criterio di calcolo del costo del capitale investito che sia identico sostanzialmente al criterio di calcolo della remunerazione del capitale investito (fissa e standardizzata al 7 %) così com'era previsto nel M.T.N. di cui al passato d.m. 1 agosto 1996.

In realtà, da un'esame delle due distinte formule di calcolo, ci si avvede come nell'attuale M.T.T. il regolatore abbia utilizzato un criterio di tipo parametrico, ovvero variabile e legato ad una serie di fattori economici soggetti a differenziazione temporale; al contrario, nel M.T.N. la remunerazione

<sup>35</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779.

del capitale investito si otteneva sulla base di un parametro fisso del 7 % senza alcun legame con ulteriori parametri di tipo variabile.

Pertanto, l'odierna variabilità nella quantificazione del costo di capitale investito comporta una sua calcolabilità in concreto unicamente a posteriori, dovendosi basare necessariamente sugli effettivi costi sostenuti dall'impresa; ciò ci consente di sostenere chiaramente la palese diversità rispetto al passato regime ove la redditività del 7 % era già un dato noto *ex ante*, il quale, poiché prescindeva dagli apporti d'investimento degli operatori e dal reale andamento economico delle gestioni, conduceva a forme di extra-profitto e di rendita parassitaria.

Sulla base di questi ragionamenti il Tar lombardo ha fatto salvezza del M.T.T. sostenendone la differenza radicale, quanto ai modelli di calcolo, rispetto al passato M.T.N. negli aspetti vietati dall'intervento di abrogazione referendaria. Infatti, da un confronto tra la metodologia del decreto del 1996 (M.T.N.) e quella del metodo utilizzato dalla delibera n. 585/2012/R/idr il giudice amministrativo ha dedotto, come esposto poc'anzi, che «[n]el primo caso la componente a copertura del costo era rappresentata da un tasso fisso pari al 7 %, mentre la metodologia proposta dall'Autorità determina un riconoscimento del costo variabile, con possibili e concreti vantaggi per i consumatori. Importante è poi l'asserzione secondo cui la relazione fra il valore numerico del 7 % previsto dal metodo del 1996 e quello risultante dal metodo tariffario transitorio è sostanzialmente casuale, senza contare che appare difficilmente possibile – sul piano dell'analisi economica – un confronto fra un valore fisso del 1996 ed uno variabile del 2012»<sup>36</sup>.

## 5. Conclusioni

Alla luce di quanto richiamato nel corso della presente analisi, il Tar Lombardia, sede di Milano, con le sentenze 26 marzo 2014, n. 779, e 26 marzo 2014, n. 780, ha rigettato i ricorsi e i rispettivi motivi aggiunti facendo salvezza del M.T.T. emanato dall'A.E.E.G.S.I.<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779.

<sup>37</sup> Sostiene A. Travi, *La disciplina tariffaria*, cit., par. 6, che il Tar Lombardia con le prime pronunce sul metodo tariffario del S.I.I. abbia condiviso una soluzione definibile come «mediana» in luogo delle «[...] due letture opposte, che propongono entrambe argomenti seri, ma che in qualche modo sono entrambe vulnerabili: la lettura ispirata a ragioni di coerenza col referendum, che difficilmente riesce a conciliarsi con la situazione generale delle gestioni idriche, caratterizzata dalla insufficienza delle risorse pubbliche, e la lettura che accoglie un modello imprenditoriale, che però è in contraddizione con l'esito del referendum».

## il metodo tariffario del servizio idrico

In particolare, nel respingere le censure avanzate dalle ricorrenti, il giudice amministrativo ha preso posizione su una serie di questioni, anche di ordine generale, attinenti alla tematica della regolazione tariffaria del S.I.I.

In primo luogo si è ribadito come il referendum abrogativo abbia una valenza unicamente eliminativa e non propositiva sottolineando come la normativa di risulta che il giudice deve interpretare debba rimanere distinta dalle finalità di ordine politico espresse dai referendari le quali, seppur legittime, debbono trovare riscontro con interventi di livello legislativo.

Sul punto, chiaramente, il giudice amministrativo ha concluso che «[q]uanto alla ulteriore finalità, indicata dai promotori del referendum, di una gestione esclusivamente pubblica del settore idrico, la stessa (giòva ribadirlo) non può intendersi normativamente realizzata per effetto del referendum di cui sopra, ma richiede un eventuale intervento legislativo»<sup>38</sup>.

In secondo luogo si è confermato come, nonostante gli interventi referendari, il S.I.I. abbia conservato la qualificazione come servizio pubblico locale di rilevanza economica<sup>39</sup> con conseguente economicità della gestione e copertura integrale dei costi.

Il che ha portato il Tar ad accogliere una nozione «economica» di costo (e non la differente nozione «contabile» propugnata dalle ricorrenti), la quale consente l'inclusione nel suo perimetro anche del costo di investimento del capitale proprio in linea con la visione dominante della scienza economica in punto di costo-opportunità.

Su questa base si è chiarito come nella concreta formulazione del M.T.T. vi sia una sostanziale differenza tra copertura dei costi, tra cui i citati costi del capitale proprio, e remunerazione del capitale c.d. *ex ante*, cioè predeterminata e garantita a priori come nel d.m. 1 agosto 1996 (M.T.N.) e ora vietata dagli esiti referendari. Pertanto, la voce «oneri finanziari» di cui alla delibera n. 585/2012/R/idr non è sembrata reintrodurre surrettiziamente la remunerazione del capitale espunta dal referendum in quanto una cosa è il parametro fisso del 7 % di cui al passato M.T.N., altra cosa è la nuova formula di riconoscimento degli oneri finanziari tramite parametri variabili quali il tasso di interesse di riferimento e la componente a copertura della rischiosità determinate a posteriori.

Ciò premesso, su tale punto nodale del contenzioso, il giudice amministrativo ha rigettato le contestazioni delle associazioni ricorrenti affer-

<sup>38</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779.

<sup>39</sup> In luogo della difforme piattaforma concettuale, avanzata dalle ricorrenti e dalle associazioni promotrici dei quesiti referendari, volta ad inquadrare, al fine di ricavarne tutti i possibili corollari interpretativi consoni alla propria visione circa l'acqua come «bene comune», il S.I.I. nel *genus* dei servizi pubblici privi di rilevanza economica.

mando che «[...] devono essere respinti i motivi n. 1 e n. 2 (aggiungiamo: inerenti alla esposta problematica circa la violazione degli esiti referendari) del ricorso principale, con i quali sono denunciati, rispettivamente, la violazione del diritto europeo e dell'art. 75 della Costituzione»<sup>40</sup>.

In conclusione, sembra potersi sostenere che non vi è stata l'eliminazione delle logiche del profitto dal S.I.I., come sostenuto dalle associazioni referendarie, sulla base di un angolo visuale di tipo politico e non sulla interpretazione della normativa di risulta che connota pur sempre il S.I.I. come servizio di interesse economico da svolgersi in condizioni di autosufficienza economica attraverso la copertura integrale dei costi.

Così, infatti, il Tar lombardo: «Ritiene il Collegio, tuttavia, che l'interpretazione del vigente art. 154, comma 1, del d.lgs. 152/2006 propugnata dalle ricorrenti, come già ribadito in precedenza, non sia conforme allo stato attuale della legislazione e rifletta invece gli obiettivi politici (legittimi, si intende) perseguiti da molte associazioni e comitati, obiettivi che potrebbero però essere assicurati soltanto da un radicale intervento del legislatore e non dalla (limitata peraltro) abrogazione della norma che garantiva una remunerazione del capitale "adeguata", vale a dire certa ed idonea come tale ad assicurare l'afflusso di investimenti privati»<sup>41</sup>.

### *Abstract*

*This work aims to provide a systematic review of the main legal issues discussed by the judgments of the T.a.r. of Lombardy (Milan), March 26, 2014, nn. 779 and 780, relating to the appeal of the «Temporary price-related method», issued by the Italian «Authority for electricity, gas and water services» (as the new central level regulatory authority of the water service), to claim the contrasts of it with the results of the 12 and 13 June 2011 referendums. The Author, based on the key issues of this litigation, examines some of the main price-related regulation questions of water service such as the relationship between the outcomes of the referendums, intentions of the promoters and normative limits for the court; the possibility or not to make profits in the water service sector interpreted as a public local service with economic relevance and with the outcomes of the referendums and, finally, the analysis of the item «financial charges» included in the «Temporary price-related method» in order to understand if it may represent a subliminal reintroduction of capital invested remuneration prohibited by the referendum's results.*

<sup>40</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779.

<sup>41</sup> *Ibidem.*

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

EMANUELE BOSCOLO è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto, Economia e Culture dell'Università dell'Insubria. È abilitato alla prima fascia di docenza.

CLAUDIO CATALDI è avvocato del Foro di Roma.

FRANCESCA DI LASCIO è ricercatore a tempo indeterminato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Roma Tre.

SERGIO MAROTTA è professore associato di sociologia del diritto presso la Facoltà di Scienza della formazione dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

ALDO SANDULLI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli. È Preside della Facoltà.

ENRICO TRENTI è assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

STEFANO VACCARI è dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Roma La Sapienza.

Finito di stampare nel mese di novembre 2014  
dalla *Grafica elettronica* - Napoli