

SOMMARIO DEL NUMERO 3/2015

Editoriale

ALDO SANDULLI, *La persistente centralità dei servizi pubblici*..... v

Saggi

ISTRUZIONE SCOLASTICA E UNIVERSITÀ: UN BILANCIO A 150 ANNI
DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA

FULVIO CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*..... 505

GIUSEPPE PIPERATA, LAURA TRUCCHIA, *Pubblico e privato nell'istruzione:
un'analisi storico-costituzionale* 525

FABIO DI CRISTINA, *Il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica* 561

LORENZO SALTARI, *Il regime giuridico della formazione e il reclutamento
degli insegnanti in Italia* 585

ALDO SANDULLI, *L'arcipelago delle università non statali* 609

MONICA COCCONI, *La natura non neutrale dei metodi e dei soggetti di va-
lutazione istituzionale dell'attività di ricerca scientifica* 623

BENEDETTO CIMINO, *Il valore legale dei titoli di studio: errori di prospet-
tiva* 649

Articoli

MARCO DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e
contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici* 667

GIULIA MASSARI, *Il lento incedere di Internet veloce. Una breve cronistoria
delle politiche in materia di banda ultralarga* 685

Note a sentenza

SALVATORE SORRENTINO, *L'informativa antimafia e la rilevanza del conte-
sto ambientale* 717

NOTIZIE SUGLI AUTORI 747

INDICE ANNUALE 749

TABLE OF CONTENTS – NO. 3/2015

Editorial

ALDO SANDULLI, <i>The enduring centrality of public services</i>	v
--	---

Essays

PUBLIC EDUCATION AND UNIVERSITY: TAKING STOCK OF 150 YEARS OF ADMINISTRATIVE UNIFICATION	
FULVIO CORTESE, <i>Education between the EU and Italian law</i>	505
GIUSEPPE PIPERATA, LAURA TRUCCHIA, <i>Public and private in education: an historical and constitutional analysis</i>	525
FABIO DI CRISTINA, <i>The devious path of school autonomy</i>	561
LORENZO SALTARI, <i>The education legal framework and teachers' recruitment in Italy</i>	585
ALDO SANDULLI, <i>The patchwork of non-State universities in Italy</i>	609
MONICA COCCONI, <i>The non-neutral nature of methods and responsible entities for the official research assessment</i>	623
BENEDETTO CIMINO, <i>The legal value of educational qualifications: wrongs in perspective</i>	649

Articles

MARCO DUGATO, <i>The organisation of public procurement administrations and related anti-corruption policies</i>	667
GIULIA MASSARI, <i>The slow advancements of the fast Internet. Chronicles of the ultra-broadband policies</i>	685

Comments

SALVATORE SORRENTINO, <i>The “Anti-Mafia informative report” and the relevance of environmental framework</i>	717
---	-----

LIST OF CONTRIBUTORS	747
----------------------------	-----

ANNUAL INDEX	749
--------------------	-----

EDITORIALE

ALDO SANDULLI

LA PERSISTENTE CENTRALITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. *Alles Gute zum Geburtstag*. – 2. Bilancio di un quinquennio. – 3. I servizi di interesse generale tra dinamiche competitive, nuove tecnologie, contenimento della spesa e tutela dei diritti. – 4. Una non conclusione.

1. *Alles Gute zum Geburtstag*

Sono trascorsi cinque anni dal primo numero di *Munus* e tale anniversario non poteva essere festeggiato con notizia migliore del riconoscimento della classe A della rivista.

Un traguardo che costituisce, da un lato, il coronamento del duro e serio lavoro svolto dagli organi della rivista; dall'altro, l'indubbio sintomo della persistente centralità del tema dei servizi di interesse generale nel dibattito contemporaneo, non soltanto per ciò che riguarda l'area giuridica.

L'autocelebrazione sarebbe, al contempo, inutile e fastidiosa. Ecco perché, formulato l'augurio di buon compleanno e lunga vita alla rivista, si intende verificare, da un lato, quale sia stato il grado di raggiungimento degli obiettivi fissati; dall'altro, fare il punto sui problemi aperti e sulle prospettive di maggiore interesse in tema di servizi pubblici.

2. Bilancio di un quinquennio

Nell'editoriale del primo numero si indicavano le finalità perseguite dalla rivista: colmare il vuoto che si presentava in campo giuridico su un'intera ala marciante dell'avanzamento scientifico; creare un laboratorio scientifico interdisciplinare su tali tematiche; studiare quell'area di confine tra pubblico e privato che concerne i servizi resi alla comunità, anche al fine di ricostruire il mobile quadro concettuale. Sotto il profilo del metodo ci si impegnava a: guardare ai fatti ed evitare approcci ideologici e dogmatici; trattare le questioni giuridiche, ma con intento interdisciplinare; occuparsi congiuntamente dei servizi pubblici nazionali e sociali, di quelli economici e

sociali; curare la prospettiva europea e comparata; dedicare particolare attenzione al Mezzogiorno; costituire un luogo di discussione aperto e plurale, con l'unico ostacolo all'accesso rappresentato dal severo filtro della revisione anonima. Circa gli strumenti, si proponeva di affiancare alla rivista scientifica un *forum* di aggiornamento e un *database on line*.

Circa il primo punto, pare di poter dire che la rivista abbia colto nel segno e che sia riuscita a porre a centro del dibattito giuridico, attraverso uno strumento di analisi scientifica esclusivamente dedicato e uno spettro d'analisi di notevole ampiezza, le principali problematiche che hanno interessato i servizi di interesse economico e quelli a carattere sociale; i servizi pubblici nazionali e quelli locali; gli aspetti più prettamente privatistici, quelli di confine e quelli tuttora pubblicistici. Sotto quest'ultimo aspetto la valutazione sembra pienamente positiva, dal momento che, nel rispetto delle diverse sensibilità e modalità di approccio, il tema giuridico e politico di fondo dell'epoca contemporanea, quello della interazione e coesistenza tra pubblico e privato (che conosce proprio nell'area dei servizi pubblici una delle sue più accentuate esplicazioni) è stato scandagliato capillarmente, emendato (ove possibile) dagli aspetti ideologici, rifuggendo dalla mera riproduzione di dogmi.

In ordine alla interdisciplinarietà, il bilancio è positivo per ciò che riguarda le diverse angolazioni di analisi nell'ambito della scienza giuridica. A prescindere dalla naturale collaborazione, sui temi in questione, tra diritto amministrativo e costituzionale e dando per scontata la necessità di prendere le mosse (su quasi tutti i temi trattati) dal diritto europeo, particolarmente fruttuoso si è rivelato il dibattito tra studiosi del diritto pubblico e del diritto commerciale, in particolare sui temi delle società a partecipazione pubblica (pur nella diversità degli approcci e delle soluzioni prospettate). E anche l'apporto degli studiosi di diritto comparato è stato produttivo: il metodo comparato conferma l'estrema efficacia nell'evidenziare le differenze culturali e le nuove prospettive comuni. Sarà necessario sviluppare più intensi rapporti sia con i lavoristi sia con i penalisti, dato il crescente rilievo delle questioni giuridiche relative ai servizi pubblici che involgono tali materie.

Molto resta ancora da fare invece sul versante del coinvolgimento degli studiosi delle altre scienze sociali. Feconda si è rivelata la contaminazione con l'area sociologica. Molto meno si è riusciti a sviluppare collaborazioni con le varie branche della scienza politica. Soprattutto, troppo scarni (anche se significativi) sono stati gli apporti delle scienze economiche alla rivista. Ciò è dovuto (oltre che alla presunzione di essere scienza di punta tra le scienze sociali e all'ossimoro di essere scienza sociale appartenente alle

la persistente centralità dei servizi pubblici

scienze dure) anche al distorto meccanismo dell'abilitazione scientifica nazionale e della valutazione della qualità della ricerca, per cui ciascuno studioso è naturalmente portato ad auto-recludersi nel proprio settore disciplinare (e a pubblicare soltanto sulle riviste di settore) al fine di non essere etichettato quale eclettico e di evitare l'epurazione dall'area scientifica di appartenenza. È del tutto evidente che siamo in presenza, nel caso di specie, di un esempio di anti-scienza, dal momento che è notorio che l'avanzamento della scienza è garantito in massima parte dalla interazione tra le diverse aree del sapere. Una rivista programmaticamente interdisciplinare, quale la presente, non può che essere penalizzata da tale miopia nell'approccio scientifico.

Quanto all'ambito, attenzione è stata dedicata al Mezzogiorno, ma sul tema ancora di più si può e si deve fare, perché l'area dei servizi pubblici e delle infrastrutture è cruciale per consentire al Meridione di risalire la china e la questione meridionale, assolutamente non risolta e spesso marginalizzata, continua a costituire probabilmente il problema numero uno per lo sviluppo economico e sociale del Paese e per la tenuta stessa degli equilibri socio-politici.

Molto bene e assai rigorosamente ha funzionato il meccanismo di *peer review* attuato dalla rivista: quasi sempre con soddisfazione degli stessi autori (anche nei casi di severe critiche e richiesta di nuova versione dello scritto) e senza che il ruolo della direzione ne sia uscito sminuito. Ciò a dimostrazione che le polemiche sviluppate attorno alla revisione anonima sono spesso proditorie e strumentali e che il modello di revisione e l'applicazione di standard etici possono effettivamente costituire criteri efficaci di garanzia della qualità scientifica di una rivista.

Se il bilancio della rivista scientifica può dirsi, nel complesso, positivo, lo stesso non può affermarsi per i contenuti aggiuntivi, di carattere informativo, del sito internet. L'aggiornamento quotidiano di un sito è impresa titanica e, si è dimostrato, non può contare sul mero contributo volontaristico e spontaneo. D'altra parte, la decisione di rinunciare scientemente al reperimento di contributi finanziari ha consentito sin qui di assicurare piena libertà scientifica alla rivista, in un settore in cui il rischio di "cattura" è assai elevato. Certo è che, laddove si intendesse rinnovare la scommessa dell'*on line* bisognerebbe rinvenire modalità organizzative che possano consentire di preservare l'autonomia scientifica dell'attività, garantendo, al tempo stesso, la copertura dei necessari costi di struttura. D'altra parte, non poteva essere che così: non si tratta forse del classico enigma del servizio pubblico?

3. I servizi di interesse generale tra dinamiche competitive, nuove tecnologie, contenimento della spesa e tutela dei diritti

Il successo della rivista, si è detto, è dovuto anche alla persistente centralità dell'area tematica del servizio pubblico o, più precisamente, del servizio di interesse generale.

In particolare, si è rivelata giusta, ad avviso di chi scrive, la scelta, tutt'altro che scontata un lustro fa, di tenere unita la trattazione dei servizi di interesse sociale con quella di interesse economico.

Come si è potuto verificare, infatti, la crisi economica e le esigenze di *spending review* hanno condotto agli estremi confini il dibattito sui servizi sociali, sfaldando il tradizionale sistema del *welfare* e spostando l'attenzione sul costo dei diritti e sull'apertura alle dinamiche competitive di tali settori e ponendo il problema della tenuta costituzionale dei diritti sociali e, in pratica, della ricetta che ha consentito alle democrazie occidentali, nella seconda parte del Novecento, di edificare un modello di solidarietà e di benessere che non ha avuto eguali nella storia dell'umanità. Tutto ciò in parte sta scricchiolando e in parte è già venuto meno. Questo cambiamento epocale, che poggia sul cardine delle esigenze di finanza pubblica, innesca una serie di problemi di estremo interesse per il modello giuridico, economico e sociale di erogazione di tali servizi. Siamo lieti di poter coprire anche questa importante area del dibattito in corso.

Anche il versante dei SIEG è attraversato da grandi trasformazioni. Qui il cambiamento è più strettamente collegato con l'innovazione tecnologica, che ormai procede con velocità impensata nella precedente storia umana. Comunicazioni elettroniche, poste, trasporti, energia sono oggetto di nuove forme di erogazione dei servizi, in ordine alle quali legislatore e operatori fanno fatica a tenere il passo: banda larga e ultra larga, *net neutrality*, il caso Uber, i servizi ferroviari sono soltanto alcuni tra i fronti più caldi di cui la rivista si è occupata e si sta occupando. Per converso, accanto ai punti di maggiore avanzamento, occorre verificare il rispetto degli obblighi di servizio pubblico e le garanzie del servizio universale.

Vi è poi il versante, alquanto caotico, dei servizi pubblici locali, che costituisce un intricato laboratorio giuridico, a seguito delle recenti riforme dettate per lo più da esigenze di maggiore efficienza e di *spending review*: degli enti locali, degli appalti pubblici, degli ambiti territoriali ottimali, delle società pubbliche, della trasparenza e anticorruzione. Anche qui si tratta di rinvenire la giusta alchimia tra il risparmio di spesa e l'erogazione di adeguati servizi pubblici ai cittadini e pure su questo fronte la rivista è e sarà presente e attenta.

4. Una non conclusione

Da queste poche righe, ma soprattutto dai contenuti di questo volume e di quelli che lo hanno immediatamente preceduto e che lo seguiranno, può evincersi che il ruolo dei servizi pubblici, quale chiave di lettura scientifica per interpretare le odierne trasformazioni del diritto, sarà fondamentale anche per gli anni a venire.

Commettendo peccato di *hybris*, ci spingiamo ad azzardare che *Munus* ci sarà e che cercherà di svolgere il suo compito al meglio, come sempre puntando sulla qualità del contributo scientifico. L'appuntamento per un nuovo bilancio, dunque, è al 2020, per festeggiare i dieci anni di vita della rivista.

FULVIO CORTESE

L'ISTRUZIONE TRA DIRITTO EUROPEO E DIRITTO NAZIONALE*

SOMMARIO: 1. Premessa: il *discorso* nazionale sull'istruzione dinanzi alle politiche europee. – 2. Fonti, soggetti e tecniche dell'azione europea in tema di istruzione. – 3. I profili oggetto di intervento europeo. – 4. Gli effetti sull'ordinamento interno. – 5. Conclusioni: gli snodi (critici) del rapporto tra politica scolastica nazionale e politica europea dell'istruzione.

1. Premessa: il *discorso* nazionale sull'istruzione dinanzi alle politiche europee

Una delle caratteristiche più risalenti del dibattito italiano sull'istruzione consiste nella ricorrente polarità tra due diversi approcci: da una parte, la tendenza a considerare l'istruzione come *leva* di obiettivi ulteriori e, al fondo, concepiti come preminenti, perché propri della comunità nel suo complesso; dall'altra, l'idea che l'istruzione non sia soltanto una politica pubblica, e come tale esposta al raffronto o al bilanciamento con altre politiche, bensì un luogo in qualche modo *neutrale*, dunque rilevante e delicato in quanto intrinsecamente connesso a uno spazio di irriducibile autonomia nella formazione del soggetto, dell'individuo.

Sarebbe troppo semplice immaginare di sovrapporre i due approcci (solo) a due visioni potenzialmente diverse della forma di stato e della sua evoluzione storica, (più) democratica nell'un caso e (più) liberale nell'altro.

Se ci si volesse collocare, idealmente, ai primordi della politica scolastica italiana, si potrebbe facilmente constatare come le due prospettive abbiano caratterizzato da subito il *discorso* del neonato (e liberale) stato unitario sull'impostazione da dare alla politica dell'istruzione e, anzi, sulla concezione stessa della scuola, dei suoi scopi e dei suoi contenuti. Una traccia

* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti del 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara. L'Autore desidera ringraziare il Prof. Domenico Sorace per la lettura preventiva e per le preziose osservazioni ricevute.

significativa di questa dialettica, ad esempio, si trova nel famoso *scontro* – arbitrato con grande acume da Francesco De Sanctis – tra Luigi Settembrini, da un lato, e Bonaventura Zumbini, dall'altro, tutto specificamente incentrato sui modi e sui temi dell'insegnamento della *letteratura italiana*, ma *figura* di visioni complessive del tutto differenti sulle *funzioni* di quell'insegnamento e, quindi, sulle finalità del sistema scolastico¹.

Non si può affermare, del resto, che nello stato liberale in generale una certa idea dell'insegnamento, e quindi dell'istruzione, non fosse particolarmente legata, non solo in Italia, a una correlata visione delle istituzioni pubbliche, della comunità e della cittadinanza².

Sempre nel caso italiano, poi, e solo per fare un altro esempio, la piena affermazione costituzionale del principio personalista ha rappresentato in più occasioni, dal secondo dopoguerra, il punto su cui far convergere sia il tentativo di stabilire un collegamento molto più stretto, in chiave democratizzante, tra la scuola e la società (o, come si direbbe, tra la scuola e il *sistema Paese*, nel quale l'istruzione è uno, e sia pur essenziale, dei diversi strumenti finalizzati a «rimuovere gli ostacoli» del programma emancipatore di cui all'art. 3 Cost) sia la volontà di preservare il carattere riservato e intangibile del rapporto educativo (come garanzia prima, nelle scuole concepite come «formazioni sociali» ex art. 2 Cost., di un'autentica valorizzazione delle capacità e delle inclinazioni del singolo, come uomo ma anche come cittadino, titolare, nella Repubblica, di prerogative nuove)³. È su questa tensione, d'altra parte, che si sono giocati la storia dell'iniziale insuccesso, negli anni Cinquanta, del progetto della scuola democratica come scuola della Costituzione⁴ e l'afflato utopistico del rinnovamento culturale e sociale sfociato nell'approvazione della legge delega 30 agosto 1973, n. 477, e dei successivi (e indimenticati) *decreti delegati* (dd.PP.RR. 31 maggio 1974, nn. 416-420)⁵.

I due profili, in sostanza, si rivelano interdipendenti, ed è sulle possibilità della loro reciproca combinazione che le discussioni si fanno più accese,

¹ M. Grimaldi, *Francesco De Sanctis e la scuola del Risorgimento*, in *Belfagor*, LXVI 5, 2011, 529 ss.

² U. Pototschnig, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 721 ss. (nonché in *Un diritto per la scuola. Atti del Convegno "Questioni giuridiche e organizzative per la riforma della scuola". Giornata di studio in onore di U. Pototschnig (14 maggio 2003)*, a cura di D. Borgonovo Re e F. Cortese, Trento, Università degli Studi di Trento, 2003, 273 ss.).

³ M. Andreucci, *Il principio personalistico nel diritto scolastico*, Milano, Giuffrè, 1969.

⁴ A. Scotto di Luzio, *La scuola degli italiani*, Bologna, il Mulino, 2007, 283.

⁵ Sui quali vedi il classico e sistematico commento *La nuova scuola italiana*, I e II, a cura di S. De Simone e M. Salazar, Milano, Giuffrè, 1983-1984.

specialmente allorché tale combinazione venga ricercata per mezzo del potenziamento di soluzioni più o meno vicine alle matrici forti (ideologiche) dell'ispirazione o democratica o liberale.

Vero è, ad ogni modo, che per entrambe le prospettive, disciplinare – e quindi anche *reformare* – l'istruzione comporta in ogni caso delle operazioni che *eccedono* lo spazio proprio di una materia o di un settore, perché ne va sempre della comunità e delle sue scelte di orizzonte, ma anche dei diritti e dei traguardi di ogni singola persona, considerata, come tale, anche al di fuori di un'esperienza esclusivamente scolastica.

Di fronte a questa dinamica – sulla quale, naturalmente, incidono tanti dei più noti e critici snodi del diritto pubblico statale degli ultimi trent'anni, e così anche del diritto scolastico: la spesa pubblica, il governo del personale, la posizione dei sindacati, la regolazione dei servizi pubblici e dell'accesso alle relative prestazioni, le competenze delle amministrazioni territoriali etc. – il diritto dell'Unione europea sta svolgendo da tempo un ruolo via via più visibile e determinante⁶. Esso, da più fronti, è stato ed è sempre più in grado di dettare l'*agenda* delle trasformazioni interne e di incidere proprio sull'individuazione delle soluzioni, sia puntuali sia istituzionali, con cui risolvere il tradizionalissimo equilibrio tra i due approcci ora menzionati e, per questa via, anche l'altrettanto consueta oscillazione della politica scolastica italiana «tra decisione e non decisione»⁷.

In tal modo, in particolare, l'Unione europea ha costretto e costringe l'Italia – e tutti gli Stati membri – a trattare esplicitamente della politica scolastica nel contesto di un'*azione di sistema*, con interventi che sono suscettibili di essere più o meno coerenti o confacenti con gli obiettivi sovranazionali, e quindi di essere monitorati e valutati come tali.

2. Fonti, soggetti e tecniche dell'azione europea in tema di istruzione

Occorre subito rammentare che un effetto di così forte condizionamento non è dovuto alla titolarità, in capo alle istituzioni e agli altri «organismi»⁸ dell'Unione, di poteri formali altrettanto incisivi. Non è dato, cioè,

⁶ In materia v., per tutti, M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁷ S. Ventura, *La politica scolastica*, Bologna, il Mulino, 1988, 185.

⁸ Usando la terminologia di cui all'art. 15.1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

all'Unione di prescrivere alle comunità nazionali *come* si deve organizzare l'istruzione e *che cosa* si deve insegnare nelle scuole. E tale è l'impostazione seguita dai Trattati sin dal debutto ufficiale dell'istruzione tra le politiche dell'Unione, ossia già dal Trattato di Maastricht (1992)⁹.

Nonostante, storicamente, sia anche possibile individuare, nel continente europeo, una griglia di temi e di approcci comuni al problema dell'istruzione¹⁰, il *cuore* della scuola – per l'appunto «il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione» – è ancora lasciato, dal diritto primario¹¹, nella completa disponibilità degli Stati membri, ossia nella cornice della loro piena «responsabilità» e «delle loro diversità culturali e linguistiche».

Ciò di cui si vuole occupare l'Unione¹² – metabolizzando un'inclinazione che si è affacciata passo dopo passo e che si è da ultimo affermata, anche positivamente, dopo il Trattato di Lisbona (2007), come conquista di un'evoluzione che punta esplicitamente all'*equilibrio* tra il traguardo originario dell'integrazione dei mercati e l'istanza via via più sentita di un'equa condivisione di valori sociali¹³ – è lo «sviluppo di un'istruzione di qualità», scopo per il quale l'Unione stessa si propone di svolgere un ruolo di *facilitatore*, impegnandosi a favorire la «cooperazione» tra gli Stati e a mettere in campo ogni opportuna azione di «sostegno», eventualmente «integrandolo» ciò che essi si propongono, in modo del tutto spontaneo e indipendente, di effettuare in questa direzione¹⁴.

Sicché risulta del tutto coerente con questa base giuridica la previsione¹⁵ secondo cui l'Unione non può procedere ad alcuna forma di armonizzazione, dovendosi limitare (il Parlamento e il Consiglio) all'adozione di idonee «azioni di incentivazione» e (il Consiglio, su proposta della Commissione) alla formulazione di «raccomandazioni».

⁹ V. il testo del “vecchio” art. 126 del Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), così come introdotto *ex novo* dall'art. G del Trattato di Maastricht, all'interno di un (allora) inedito Capo dedicato a «Politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù». Ma cfr. anche il testo del “successivo” art. 149 TCE, che dopo il Trattato di Amsterdam (1997), nella nuova numerazione, ha sostituito l'art. 126.

¹⁰ Si veda I. Richter, *The Right to Education – The European Model*, in *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*, edited by C.L. Glenn and J. De Groof, Nijmegen, WLP, 2012, 100 ss.

¹¹ V. il vigente art. 165.1 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

¹² *Ibidem*.

¹³ Specchio di tale evoluzione, come è noto, è il tenore testuale del vigente art. 3 TUE.

¹⁴ Tale assetto è del tutto coerente con quanto stabilito, in via generale, dall'art. 2, punti 4, 5, 6, TFUE.

¹⁵ Art. 165.4 TFUE.

Eppure, già in questa apparente *deminutio* programmatica, si nasconde il segreto di un'impostazione molto efficace e ben più penetrante di quanto non possa di primo acchito sembrare.

Affermare che l'Unione si può occupare dell'*output* dell'istruzione in termini di *qualità* equivale a stabilire: a) che quell'*output* è *misurabile* e *valutabile* secondo criteri che sono *esterni* agli Stati membri, e che avranno inevitabilmente a che fare con gli *obiettivi di sistema* dell'Unione; b) che tale verifica sarà rilevante sia ai fini dello specifico supporto sovranazionale, laddove di volta in volta previsto, sia nella prospettiva di agevolare o rendere ancor più *effettivo* il raggiungimento dei suddetti obiettivi generali.

È sempre il Trattato a svelare queste connessioni, poiché, laddove si descrivono quali possano essere gli scopi e gli ambiti dell'azione dell'Unione¹⁶, ci si accorge immediatamente che essi sono intrinsecamente correlati a ciò che sta fuori dall'istruzione tradizionalmente intesa (*in primis*, la circolazione delle persone, sia come studenti sia come docenti sia come lavoratori in processo di *lifelong learning* sia, ancora, come cittadini dell'Unione) e che è quel *fuori* a valutare e a misurare l'adeguatezza (la qualità) di ciò che vi sta *dentro*.

Questa scelta normativa – che, vale ribadirlo, è espressa, nel diritto primario, sin dal 1992 – ha il suo più esplicito manifesto nel Libro Bianco su «Insegnare ed apprendere: verso la società cognitiva», varato nel 1995 dalla Commissione guidata da Jacques Delors¹⁷: l'istruzione è considerata alla stregua di un settore cruciale, perché essenziale alla promozione della competitività europea nell'orizzonte del mercato globale¹⁸.

Un'analoga *struttura*, d'altra parte, è seguita anche in tema di forma-

¹⁶ Art. 165.2 TFUE: «L'azione dell'Unione è intesa: – a sviluppare la dimensione europea dell'istruzione, segnatamente con l'apprendimento e la diffusione delle lingue degli Stati membri; – a favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti, promuovendo tra l'altro il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio; – a promuovere la cooperazione tra gli istituti di insegnamento; – a sviluppare lo scambio di informazioni e di esperienze sui problemi comuni dei sistemi di istruzione degli Stati membri; – a favorire lo sviluppo degli scambi di giovani e di animatori di attività socioeducative e a incoraggiare la partecipazione dei giovani alla vita democratica dell'Europa; – a incoraggiare lo sviluppo dell'istruzione a distanza; – a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi».

¹⁷ 29.11.1995 [COM (95) 590].

¹⁸ M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione*, cit., 60.

zione professionale e continua¹⁹, e non è un caso se nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza) – e quindi nella sede in cui l'Unione, occupandosi espressamente del diritto all'istruzione²⁰ (e alla formazione professionale e continua²¹), avrebbe potuto conquistare un po' più di spazio anche all'interno di ciò che è *tout court* il servizio apprestato dagli Stati – si ribadisce, da un lato, che la tradizionale *libertà della scuola* è affare delle leggi nazionali²², dall'altro, che ciò che dev'essere tutelato è l'*accesso*²³, pietra angolare di qualsiasi mobilità intraeuropea.

Se questa è l'impostazione, le summenzionate «azioni di incentivazione» – e le strutture che se ne fanno carico *a valle*, sul piano esecutivo: la Commissione, soprattutto²⁴ – sono fondamentali.

Esse possono considerarsi come veicoli *soft* di influenza sovranazionale soltanto dal punto di vista della ormai consueta classificazione in termini di *soft law*²⁵ ovvero anche nella prospettiva della disciplina diretta di singole fattispecie o specifici istituti dell'istruzione (aspetti sui quali, come si diceva, l'Unione non ha competenza); risultano, invece, *hard* per quanto concerne l'utilizzo di precisi *parametri di riferimento*, formulati sia per l'individuazione delle specifiche azioni statali da incoraggiare e supportare (i.e. finanziare) sia per il monitoraggio (i.e. il controllo) dell'allineamento dei singoli Stati membri alle *strategie* complessive dell'Unione.

A tal proposito, naturalmente, giocano un ruolo importante le raccomandazioni. Su tutto, però, hanno rilievo essenziale le comunicazioni con cui la Commissione individua settori e finalità rilevanti²⁶ e formula appositi

¹⁹ Cfr. l'rt. 166 TFUE. In argomento v. L. Rustico, *La cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione*, in *Dir. relaz. industr.*, 2009, 219 ss.

²⁰ Art. 14 della Carta.

²¹ In tema, complessivamente, cfr. G. Demuro, *Art. 14*, in *L'Europa dei diritti*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, il Mulino, 2001, 120 ss.; M. Guerri, *Istruzione: profili comunitari*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, Bologna, il Mulino, 2003, 47 ss.; E. Fagnani, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, Milano, Giuffrè, 2014, 140 ss.

²² V. sempre all'art. 14 della Carta, punto 4: «La libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, così come il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, sono rispettati secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

²³ *Ibidem*, punti 1 e 2, laddove si specifica anche che deve garantirsi l'accesso gratuito all'istruzione obbligatoria.

²⁴ All'interno della Commissione è attiva una specifica Direzione Generale per l'Istruzione e la Cultura, che collabora con moltissimi enti nazionali ed europei, innanzitutto con quelli indicati *infra*, § 3.

²⁵ M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione*, cit., 205.

²⁶ Cfr., ad esempio, la Comunicazione della Commissione 10 gennaio 2003, dal titolo

Istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale

indicatori²⁷, che prefigurano, per i Governi nazionali, una vera e propria griglia di *priorità* e di *valori* da assumere nello svolgimento delle proprie politiche interne, e, per le istituzioni europee, una mappa utile per analizzare i relativi progressi, evidenziare le buone pratiche, comparare lo standard europeo con quello di altri contesti extraeuropei, etc.

È coerente con questo quadro il fatto che il più importante strumento *attivo* a disposizione dell'Unione in tema di istruzione siano i *programmi* di cui la Commissione è responsabile (da ultimo, il programma Erasmus+, che ha fatto sintesi di tutta la precedente galassia di iniziative²⁸), i quali, in larga parte, e proprio in virtù della profonda *funzionalità* dell'istruzione rispetto agli obiettivi generali dell'Unione, sono stati progressivamente iscritti, per iniziativa della stessa Commissione e con l'avallo del Consiglio europeo, dapprima nella famosa Strategia di Lisbona²⁹ – cui si deve la prima formulazione della volontà di realizzare, in Europa, un'*economia basata sulla conoscenza* – quindi nell'altrettanto cruciale Strategia Europa 2020³⁰ – tra le cui priorità figurano, significativamente, i traguardi della *crescita intelligente* (un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione) e della *crescita inclusiva* (un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale), nonché l'obiettivo (espresso) dell'*istruzione*, intesa quest'ultima come lotta all'abbandono scolastico e come promozione dell'istruzione universitaria.

In questo modo, quindi, l'Unione, nell'istruzione (ma non solo; tutti i *settori sociali* sono coinvolti), è gradualmente passata³¹ da un pluralismo convergente di forme di cooperazione diverse all'applicazione sistematica di un *metodo aperto di coordinamento*, che, come è noto, rinuncia al ruolo centrale dello strumento normativo (che, come si diceva, non è immediatamente di-

«Investire in modo efficace nell'istruzione e nella formazione: un imperativo per l'Europa» [COM(2002) 779 def].

²⁷ V., ad esempio, la Comunicazione della Commissione 21 febbraio 2007, dal titolo «Un quadro coerente di indicatori e di parametri di riferimento per monitorare i progressi nella realizzazione degli obiettivi di Lisbona in materia di istruzione e formazione» [COM(2007) 61 def].

²⁸ Regolamento (UE) n. 1288/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2013.

²⁹ V. il Consiglio europeo straordinario di Lisbona, tenutosi nei giorni 23-24 marzo 2000.

³⁰ Varata nel Consiglio europeo del 3 marzo 2010.

³¹ Quanto meno a decorrere dal 2000, con un primo accordo tra i Capi di Stato e di Governo in merito alle priorità delle riforme nell'istruzione, seguito, innanzitutto, dal Memorandum della Commissione sull'istruzione e la formazione lungo tutto l'arco della vita, SEC (2000) 1832 del 30 ottobre 2000.

sponibile) o al modello del controllo sanzionatorio (non potendo avvalersi, in questa materia, di specifici meccanismi di coazione rispetto alle decisioni degli Stati), per seguire, invece, e assistere le comunità nazionali affinché elaborino le proprie politiche mediante un'autonoma attuazione di linee guida comuni, condivise sul piano sovranazionale³².

Ciò consente alle istituzioni europee di integrare più efficacemente la politica dell'istruzione (e della formazione professionale) anche nel quadro di altre politiche e così, in particolare, delle politiche finalizzate a promuovere e garantire un'effettiva cittadinanza dell'Unione e a rendere maggiormente competitivo il sistema socio-economico europeo nel suo complesso. Al quadro di queste politiche non sono estranee, ad esempio, anche quelle sull'anti-discriminazione o sulla parità di genere o sul sostegno per i soggetti disabili.

Occorre comunque ricordare che il nesso di consequenzialità che si può dare tra qualità dell'istruzione e altre politiche dell'Unione può essere anche particolarmente e *formalmente* forte e, per così dire, *di ritorno*, specialmente laddove le politiche di cui si tratti siano direttamente implicate nella garanzia delle tradizionali *libertà fondamentali* dell'integrazione europea (e specialmente della libertà di circolazione, delle persone come dei servizi³³).

In questi casi, al di fuori di qualsivoglia programma specifico in tema di istruzione, l'azione dell'Unione si può fare improvvisamente *hard* anche sul piano normativo, giacché l'orbita della disciplina di quelle libertà (nel diritto dei Trattati come nel diritto derivato) può spingersi a porre *fuori legge* tutto ciò che, pur essendo istruzione o formazione professionale nella piena responsabilità degli Stati membri, contribuisca a realizzare eccezioni (restrizioni) non ammissibili all'effettivo godimento di quelle stesse situazioni soggettive, ad esempio mediante la limitazione dell'accesso al relativo servizio

³² V. M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione*, cit., 65 ss. e 195 ss. Più in generale, su questa tipologia di coordinamento, sulla sua definizione e sulle sue ricadute istituzionali, cfr. anche, *ex multis*, S. Del Gatto, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli, Jovene, 2012, 109 ss., F. Giglioli, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, ETS, 2012, 50 ss., F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, FrancoAngeli, 2012, 147 ss., G. Martinico, *L'impatto del metodo aperto di coordinamento sulla "forma dell'Unione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 625 ss., S. Baroncelli e O. Farkas, *Il Metodo di Coordinamento Aperto e le sue applicazioni al governo economico e occupazionale dell'Unione europea: il contesto comunitario e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2008.

³³ Anche per gli studenti la fonte principale del diritto derivato è la direttiva 2004/38/CE, sul «Diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno degli Stati membri».

(il quale, come si è annotato, è precisamente e coerentemente garantito dalla Carta di Nizza).

I protagonisti di tale azione sono, innanzitutto, i giudici degli Stati membri e la Corte di giustizia, da tempo chiamati a gestire (se non ad *amministrare*) il bilanciamento tra la tutela di ciò che è il nucleo duro dell'integrazione e ciò che rappresenta, invece, le prerogative che anche il diritto primario riconosce variamente alle comunità nazionali³⁴.

3. I profili oggetto di intervento europeo

La trama dei principali profili rispetto ai quali l'Unione si propone di misurare e stimolare la qualità dell'istruzione nazionale è del tutto coerente con l'impostazione *integrata* e *funzionale* che già discende dall'analisi della base giuridica.

Si tratterà, quindi, di tutti quegli aspetti che, nell'istruzione (e nella formazione professionale: a livello europeo istruzione e formazione professionale sono oggetto di un *diritto* sostanzialmente unitario³⁵), consentono di rendere effettivi gli obiettivi generali sui quali l'Unione ha competenze *più forti* e, specialmente, di rendere pienamente fruibili gli effetti del riconosci-

³⁴ Cfr., ad esempio, l'importante caso deciso da C. giust., 13 maggio 2010, C-73/08, *Bressol*: «Gli artt. 18 TFUE e 21 TFUE [sono le disposizioni che, come è noto, si occupano, rispettivamente, di divieto di discriminazione in base alla nazionalità e di libertà di circolazione e soggiorno, n.d.r.] ostano ad una normativa di uno Stato membro che limiti il numero di studenti non considerati residenti di tale Stato che possono iscriversi per la prima volta in corsi di formazione medica e paramedica di istituti di istruzione superiore del medesimo Stato, salvo che il giudice nazionale, in esito ad una valutazione di tutti i pertinenti elementi presentati dalle autorità competenti, non constati che tale normativa risulti giustificata con riguardo all'obiettivo della tutela della sanità pubblica». Ma v. anche C. giust., 11 settembre 2007, C-318/05 e C-76/05, *Commissione c. Repubblica federale di Germania e Schwarz*: in questo caso il giudice comunitario ha stabilito che l'art. 49 TCE [che si occupava della libertà di prestazione dei servizi; v. oggi art. 56 TFUE, n.d.r.] è ostativo alla normativa di uno Stato membro che preveda la possibilità di dedurre come spese straordinarie le rette scolastiche versate a determinate scuole private nazionali, escludendo tale possibilità per le rette corrisposte ad una scuola privata stabilita in un altro Stato membro. Cfr., in tema, F. Cortese, *Liberalizzazioni e garanzie dei diritti di cittadinanza*, in *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, a cura di Milano, Giuffrè, 2013, 154, nonché S. Cornella, *Scuola pubblica e scuola privata tra regole di diritto interno e principi comunitari*, in *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, a cura di F. Cortese, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 165.

³⁵ V. sempre, in modo molto chiaro, l'art. 14 della Carta di Nizza.

mento previo di *libertà fondamentali* e, su tutte, di quella di circolazione. Non sono, a ben vedere, pochi aspetti.

Prendendo parzialmente spunto dalla nitida classificazione svolta in occasione della definizione degli indicatori per il monitoraggio dell'attuazione della Strategia di Lisbona³⁶, si possono isolare, precisamente, questi ambiti d'azione:

- le *pre-condizioni* dell'istruzione, ossia la lotta per l'equità nell'accesso e per l'eliminazione dei fattori principali dell'abbandono e della dispersione scolastici;

- l'*efficienza dei processi e dei modi* dell'istruzione, ossia l'incentivo all'adozione di formule organizzative valutate come più adeguate, anche in termini di valorizzazione delle risorse e del rapporto pubblico-privato;

- il *campo* dell'istruzione, ossia l'incentivo all'ampliamento dell'ambito dell'istruzione, integrata con la formazione professionale e destinata a diventare continua e permanente;

- le *forme* dell'insegnamento, ossia la modernizzazione e l'omogeneizzazione dell'articolazione degli insegnamenti, dei gradi dell'istruzione e della loro gestione coordinata, ma anche delle competenze dei docenti;

- il *risultato* dell'istruzione, ossia la valutazione del grado di assimilazione delle competenze chiave che all'interno dell'Unione sono adeguate agli obiettivi di sistema che essa si prefigge e la verifica della reale impiegabilità dei soggetti istruiti e formati.

In tali ambiti, l'intervento dell'Unione è molteplice, risolvendosi, a seconda dei casi:

- nell'approvare *programmi o progetti* volti a finanziare iniziative o attività strumentali ad incentivare il raggiungimento degli obiettivi che l'Unione intende conseguire;

- nell'elaborazione di *statistiche* sui diversi livelli, negli Stati membri, di raggiungimento di *specifici standard* di volta in volta rilevanti (con coinvolgimento anche degli istituti o degli enti nazionali di statistica), nonché nella prefigurazione di questi stessi standard, in primo luogo dal punto di vista quantitativo (ed avvalendosi anche, in modo privilegiato, delle valutazioni compiute sia nell'ambito di sedi propriamente europee – quali Eurostat, la rete Eurydice³⁷, il

³⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione del 21 febbraio 2007, cit.

³⁷ V. al seguente indirizzo: http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/index_en.php. Questa rete è stata creata già nel 1980 dalla Commissione europea e dagli Stati membri, per finalità di cooperazione nel settore educativo e per migliorare, nello specifico, la conoscenza dei sistemi e delle politiche nazionali. Dal 1995 Eurydice è stata parte integrante di Socrates, il programma di azione comunitaria in materia di istruzione; dal 2007 è diventata parte del Programma per l'apprendimento permanente LLP e dal 2014 è parte di Erasmus+, il Pro-

Istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale

Cedefop³⁸, la Fondazione europea per la formazione³⁹ – sia in altri contesti sovranazionali, come sono quelli delle rilevazioni OCSE o UNESCO);

- nell'elaborazione e nella condivisione di *dati* che consentano di migliorare la cooperazione europea (soprattutto per quanto concerne le iniziative progettuali sull'integrazione tra istruzione e formazione: v. sempre la rete Eurydice o il Cedefop);

- nell'*assistere* le competenti autorità degli Stati membri circa i processi di implementazione degli obiettivi di qualità stabiliti sul piano europeo (v. sempre le medesime strutture menzionate ai punti precedenti, nonché la Rete europea per le politiche di orientamento permanente⁴⁰);

- nella formulazione periodica di *rapporti o relazioni* volti ad evidenziare, dal punto di vista anche qualitativo, i profili critici delle azioni autonomamente condotte dagli Stati, nonché quelli sui quali sollecitare azioni di riforma coerenti con gli obiettivi europei (con una particolare attenzione anche alla percentuale del finanziamento che ciascuno Stato destina all'istruzione in rapporto al PIL).

Come si può osservare, tutte queste attività sono espressione del *modello generale* (metodo aperto di coordinamento) che l'Unione ha scelto come strumento essenziale di molte delle sue politiche (non solo in questa materia⁴¹) e che implica, per il tramite di occasioni di misurazione e valutazione delle tendenze e degli sviluppi in atto sul piano nazionale, la generazione di *processi di apprendimento reciproco* e di emulazione.

Sul punto occorre sottolineare che la *cooperazione* che così viene richiesta agli Stati non si dispiega solo sul piano *lato sensu* politico, ma ha una sua specifica portata giuridica, giacché si tratta di un dovere che deve essere adempiuto comunque, anche in assenza di una specifica normativa (anzi, proprio per l'assenza di *hard law*). Più specificamente, gli Stati sono tenuti, all'interno del coordinamento attivato sul piano europeo, a conformarsi

gramma europeo (oggi, come si diceva, onnicomprensivo) per l'istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport. La rete in questione è composta da una unità centrale, presso l'EACEA (Education, Audiovisual and Culture Executive Agency), e da 40 unità decentrate. Eurydice svolge anche attività di supporto alla Commissione assieme ad altre organizzazioni internazionali, in particolare il Consiglio d'Europa, l'OCSE e l'UNESCO.

³⁸ Si tratta dello European Centre for the Development of Vocational Training: <http://www.cedefop.europa.eu/>.

³⁹ ETF (European Training Foundation); v. al seguente indirizzo: <http://www.etf.europa.eu/>.

⁴⁰ European lifelong guidance policy network (ELGPN): <http://www.elgpn.eu/>.

⁴¹ V. il Libro bianco sulla governance: comunicazione della Commissione del 25 luglio 2001 [COM(2001) 428].

progressivamente – anche in chiave di riforma – alle misure che in altri Stati siano state adottate e che, nel monitoraggio complessivo, siano state valutate come meglio funzionali al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione⁴².

4. Gli effetti sull’ordinamento interno

L’impatto sull’ordinamento interno del metodo che l’Unione ha sviluppato e poi sistematizzato in tema di istruzione (e formazione professionale) è particolarmente apprezzabile, in Italia, specialmente a decorrere dalla fine degli anni Novanta (i.e. già con l’introduzione dell’*autonomia delle istituzioni scolastiche* per effetto della l. 15 marzo 1997, n. 59, e del d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275; ma v. naturalmente anche la riforma del Titolo V della Costituzione, di cui alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, e il vigente art. 117 Cost.⁴³), anche se i suoi frutti più tangibili si possono riscontrare soprattutto nel flusso delle tre *riforme della scuola* che si sono avvicendate negli anni Duemila, ossia la *riforma Berlinguer* (l. 10 febbraio 2000, n. 32), la *riforma Moratti* (l. 28 marzo 2003, n. 53) e la *riforma Gelmini* (avviata con le ll. 6 agosto 2008, n. 133, e 30 ottobre 2008, n. 169, e proseguita sino ai dd.PP.RR. 15 marzo 2010, nn. 87, 88 e 89)⁴⁴.

Proprio la considerazione delle indicazioni emergenti sul piano europeo consente di osservare come vi sia, al fondo, un tratto di sostanziale *continuità* in tutte queste riforme, dal momento che molte delle loro linee ispiratrici trovano uno stimolo forte ed esplicito nella *soft law* sovranazionale, contribuendo, così, in modo determinante, alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio per il tradizionale dibattito nazionale. Come si diceva in premessa, la ricaduta della politica europea dell’istruzione si può cogliere, in

⁴² Sul punto cfr. D. Strazzari, *Tra soft law e hard law: prime riflessioni in favore della giustiziabilità degli atti emanati nell’ambito del metodo aperto di coordinamento*, in *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, a cura di M. Barbera, Milano, Giuffrè, 2006, 317 ss.

⁴³ Cfr. M. Cocconi, *L’autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche fra riforma del titolo V, riordino del sistema formativo e coordinamento comunitario*, in *Un diritto per la scuola*, a cura di D. Borgonovo Re e F. Cortese, cit., 201 ss. V. sempre Id., *Il diritto europeo dell’istruzione*, cit., 273.

⁴⁴ V. Briguglio, A.E., *Dal Ministero Berlinguer alla riforma Gelmini: note cursorie per riflettere sugli itinerari della formazione e dell’istruzione in Italia*, in *Quaderni di Intercultura*, III/2011 (il contributo è reperibile *on line* al seguente indirizzo: <http://cab.unime.it/journals/index.php/qdi/article/view/782>). Per una considerazione d’insieme delle trasformazioni indotte dall’avvio di questo ciclo di riforme cfr., per tutti, A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, il Mulino, 2003, nonché *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit., *passim*.

Italia, sul piano della *razionalizzazione complessiva della politica scolastica* e nell'ottica di un disegno di generale riordino di quello che viene ben presto definito (precisamente dalla riforma Moratti: v. l'art. 2 della l. n. 53/2003) come «sistema educativo di istruzione e formazione».

Non a caso, dunque, alcuni dei punti rispetto ai quali si può riscontrare la segnalata continuità (sia pur con l'uso di accenti e dispositivi non del tutto coincidenti e non sempre altrettanto fortunati) hanno una portata potenzialmente generale, per nulla estrinseca a quello che si è dianzi definito come il *cuore* della scuola nazionale, e sono identificabili in esigenze di intervento che il legislatore italiano ha fatto proprie e che possono riassumersi in questo modo:

- la necessità di intervenire sull'articolazione del servizio di istruzione, al fine di imputarne il concreto svolgimento a *strutture dotate di autonomia* (segnatamente, di autonomia funzionale, costituzionalmente tutelata⁴⁵) e, quindi, di una puntuale capacità di dare luogo a processi suscettibili di valutazione e sostegno, anche in rapporto alla loro capacità di coordinarsi con le amministrazioni e le comunità territoriali;

- la necessità di *rivedere i cicli* del sistema dell'istruzione, al fine di assorbirvi anche la scuola dell'infanzia e creare così un incentivo ad un rapido ingresso nel sistema, ma anche allo scopo di rendere meglio comunicanti istruzione e formazione professionale;

- la necessità di ridefinire coerentemente anche la posizione dei soggetti fruitori del servizio di istruzione e formazione concepito come servizio integrato, con introduzione dell'*obbligo formativo* e del *diritto-dovere all'istruzione-formazione*, ma anche di strumenti, quali, ad esempio, il Profilo educativo, culturale e professionale (Pecup) e il Portfolio delle competenze individuali⁴⁶, idonei a mappare e ad accertare il livello dell'istruzione conseguita dal singolo onde consentirne il passaggio verso altre esperienze formative, anche non nazionali;

- la necessità di definire analiticamente gli *obiettivi specifici dell'apprendimento* connesso a ogni ciclo e a ogni grado del sistema integrato (in appo-

⁴⁵ Ex art. 117, comma 3, Cost.V., in argomento, *ex plurimis*, A.M. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001, P.G. Rinaldi, *La scuola come autonomia funzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 61 ss., *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, a cura di M. Bombardelli e M. Cosulich, Padova, Cedam, 2005, e P.G. Rinaldi, *Istituzioni scolastiche e autonomie territoriali*, in *Tra amministrazione e scuola*, a cura di F. Cortese, cit., 113 ss.

⁴⁶ F. Cortese, *Sullo statuto giuridico del "portfolio delle competenze": brevi riflessioni su diritti e libertà di alunni e docenti nel prisma dell'autonomia scolastica*, in *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, a cura di M. Bombardelli e M. Cosulich, cit., 103 ss.

site Indicazioni nazionali), sì da corrispondere all'esigenza di rendere pienamente operativa la certificazione europea della qualità delle *competenze* che sono indispensabili nella società della conoscenza, quale primo presupposto per la mobilità degli studenti e dei lavoratori⁴⁷;

- la necessità di adeguare questa attività di definizione con i *contenuti dei curricula* previsti per ogni percorso di istruzione e formazione (anche con conseguente potenziamento di specifici e nuovi insegnamenti);

- la necessità di collegare quella stessa attività di definizione a momenti sistematici di *valutazione del sistema* nel suo complesso (mediante l'introduzione di prove *ad hoc* per il monitoraggio del grado degli apprendimenti: v. la funzione svolta dall'INVALSI);

- la necessità di valorizzare occasioni di *alternanza scuola-lavoro*, in termini di effettiva transizione tra percorsi formativi diversi e di promozione di una maggiore occupabilità;

- la necessità, specialmente con riguardo al regime dell'alternanza (ma non solo), di predisporre misure specifiche per *contrastare l'abbandono scolastico*, anche con l'introduzione della figura del docente tutor o di altri analoghi istituti.

Non sfuggirà, dinanzi a questa breve rassegna, che il modo con cui l'ordinamento interno reagisce alle sollecitazioni (apparentemente) *soft* del livello europeo corrisponde ad un'azione riformatrice che, oltre ad *estendersi* direttamente all'organizzazione e al contenuto dell'insegnamento e dell'istruzione, non solo è destinata a farsi *costante e ripetuta* (in uno con la costanza e la ripetizione dei monitoraggi e delle valutazioni sovranazionali e con l'aggiornamento dei relativi obiettivi da raggiungere sul piano europeo), ma dimostra anche una rimarchevole portata *retroattiva*: molte delle

⁴⁷ Le competenze sono definite come «comprovata capacità di utilizzare conoscenze, abilità e capacità personali, sociali e/o metodologiche in situazioni di studio o di lavoro nello sviluppo professionale e personale». Tale è la nozione che si trova espressa nella Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 sulla costituzione del Quadro Europeo delle qualifiche per l'apprendimento permanente, che è a sua volta richiamata anche nel preambolo dei decreti attuativi della medesima riforma Gelmini (v., ad esempio, il d.P.R. n. 89/2010 cit.), al pari, ad esempio, della Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 18.12.2006, relativa alle competenze chiave per l'apprendimento permanente. Tali decreti, riferendosi più volte alle competenze, così come specificate nelle "Indicazioni nazionali" ad essi allegate, presuppongono la definizione europea. A tale cornice sovranazionale si deve anche l'indicazione delle cc.dd. "competenze chiave di cittadinanza": 1. imparare ad imparare; 2. progettare; 3. comunicare; 4. collaborare e partecipare; 5. agire in modo autonomo e responsabile; 6. risolvere i problemi; 7. individuare i collegamenti e le relazioni; 8. acquisire e interpretare le informazioni. Queste competenze sono poi completate da quelle digitali.

opzioni che il legislatore nazionale ha deciso di premiare si sono rivelate influenti anche sulla rappresentazione costituzionale dell'istruzione (e dell'insegnamento) e delle molteplici e intrecciate competenze di Stato e Regioni, con dinamiche non sempre del tutto prevedibili, né automaticamente coerenti con i presupposti acquisiti sul piano europeo.

Da un lato, infatti, si può sottolineare che l'avvio del cennato flusso di riforme – dal quale non è estraneo nemmeno il recentissimo ddl sulla Buona Scuola (Renzi-Boschi) approvato definitivamente dalla Camera, in seconda lettura, il 9 luglio 2015⁴⁸, il cui art. 1, comma 1, è una vera e propria sintesi della cornice di obiettivi europei in cui viene iscritta la politica scolastica nazionale⁴⁹ – ha riattivato il confronto tra le diverse e possibili *concezioni del servizio di istruzione*, rilanciandone la lettura oggettiva e rimettendo al centro del sistema la competizione tra i soggetti erogatori delle prestazioni e il diritto di scelta dei destinatari.

Di più: l'idea che al centro del sistema vi sia un paradigma *di domanda e interattivo*, secondo il quale il sistema scuola ha una doverosa *vocazione pluralistica* e una inevitabile *evoluzione accrescitiva e personalizzante* della tipologia della propria offerta ha fortemente condizionato anche le modalità di realizzazione dell'autonomia delle istituzioni scolastiche, chiamate a rispondere della propria progettualità e degli standard del proprio servizio ad una molteplicità di interlocutori (lo Stato, gli enti territoriali, la comunità scolastica intensa in senso ampio e comprensiva, dunque, oltre alle famiglie, anche di alcuni rilevanti stakeholder locali).

Per altro verso, però, il fattore pluralistico è stato parzialmente oggetto, nei rapporti tra i diversi livelli di governo interni alla cornice nazionale, di un processo di *reductio ad unum*, nel quale è lo Stato (anzi, il Governo) a concentrare su di sé il massimo delle opzioni normative (talvolta in piena coe-

⁴⁸ «Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti»: l. 13 luglio 2015, n. 157. Per un primo commento v., da ultimo, M. Cocconi, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 661 ss.

⁴⁹ «Per affermare il ruolo centrale della scuola nella *società della conoscenza* e innalzare i livelli di istruzione e le *competenze* delle studentesse e degli studenti, rispettandone i tempi e gli stili di apprendimento, per *contrastare le disuguaglianze* socio-culturali e territoriali, per *prevenire e recuperare l'abbandono* e la dispersione scolastica, in coerenza con il *profilo* educativo, culturale e professionale dei diversi gradi di istruzione, per realizzare una scuola aperta, quale laboratorio permanente di ricerca, sperimentazione e *innovazione* didattica, di partecipazione e di educazione alla *cittadinanza attiva*, per garantire il diritto allo studio, le pari opportunità di successo formativo e di *istruzione permanente* dei cittadini, la presente legge dà piena attuazione all'autonomia delle istituzioni scolastiche di cui all'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni, anche in relazione alla dotazione finanziaria» (corsivi aggiunti).

renza con l'utilizzo già diffuso dello strumento della delegificazione) e a controllare, dunque, le modalità con cui il servizio effettivamente si deve articolare o differenziare.

Sul punto è esemplare la vicenda dell'*autoqualificazione statale* – avallata anche dalla Corte costituzionale⁵⁰ – dei livelli essenziali delle prestazioni in tema di istruzione, delle norme generali sull'istruzione, nonché dei principi fondamentali della materia; uno sviluppo, questo, che stride, *in parte qua*, con la vocazione pluralistica che sul piano della politica europea dell'istruzione è sempre stata supportata quale fattore di significativa innovazione e sperimentazione, nel contesto nazionale, delle indicazioni provenienti dai monitoraggi e dalle valutazioni dell'Unione.

Quest'ultimo rilievo consente di far emergere un ulteriore profilo di impatto del diritto dell'Unione – o, meglio, del modo con cui questo diritto viene reso effettivo da parte del Governo – sulla disciplina nazionale dell'istruzione e del relativo servizio, vale a dire la tendenza del legislatore statale, per rendere concreto il suo generale controllo sull'adeguamento del sistema nazionale agli obiettivi di qualità sovranazionali, ad avvalersi, *direttamente dal centro dell'amministrazione (ministeriale)*, del policentrismo intrinseco costituito dalle molteplici sedi di prestazione del servizio.

Si tratta di una tendenza che il legislatore sta cercando, da ultimo, di rafforzare anche per risolvere le sopravvenute questioni concernenti il governo della spesa per l'istruzione e l'esigenza di far fronte ad un'istanza di stabilizzazione del grande numero di insegnanti precari, quale discendente, a sua volta, dal mancato rispetto, da parte del nostro ordinamento, della disciplina europea in tema di contratti di lavoro a tempo determinato⁵¹.

5. Conclusioni: gli snodi (critici) del rapporto tra politica scolastica nazionale e politica europea dell'istruzione

L'*excursus* fin qui condotto permette di individuare alcuni lineamenti

⁵⁰ V., in modo chiarissimo, C. cost., 2 luglio 2009, n. 200. Per un commento sia consentito rinviare a F. Cortese, *L'istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte costituzionale tra contraddizioni formali e conferme sostanziali*, in *Le Regioni*, 2010, 511 ss.

⁵¹ Cfr. la notissima C. giust., 26 novembre 2014, nelle cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13, *Mascolo, Forni e Racca*. Per un commento v. L. Saltari, *La precarietà del lavoro nella scuola italiana nel difficile dialogo tra le Corti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 219 ss. Più in generale, sulle difficili questioni del reclutamento, in Italia, del personale docente v. sempre Id., *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 445 ss.

L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale

caratterizzanti dell'attuale rapporto tra politica scolastica nazionale e politica europea dell'istruzione. Essi si possono compendiare nei seguenti elementi:

- *l'efficientamento dell'istruzione*: il diritto europeo si pone, rispetto al diritto nazionale e alle sue evoluzioni, come fattore di riforma particolarmente influente, non solo con riferimento a specifiche modifiche dell'assetto organizzativo, quanto a periodiche rivisitazioni del sistema di istruzione nel suo complesso, in armonia con gli esiti dei monitoraggi e delle valutazioni operate in sede sovranazionale sulla base di indicatori condivisi di efficienza, formulati in sedi apparentemente neutrali (secondo un metodo di coordinamento aperto, nonché secondo un approccio che demanda il controllo sull'azione degli Stati membri a rilevazioni statistiche e all'elaborazione comune di informazioni e buone pratiche);

- *la scuola oltre la scuola e la strategia dei risultati*: la politica scolastica italiana, dunque, perde una sua tradizionale autoreferenzialità, essendo costretta a misurarsi in modo molto più esplicito con le domande che emergono nel contesto di altre politiche, rispetto alla quali l'istruzione figura come elemento da integrare e valorizzare per meglio veicolare le finalità generali che la comunità si pone;

- *il welfare della conoscenza*: il tradizionale dibattito (nazionale) sugli scopi dell'istruzione, sui saperi da trasmettere e sulle garanzie dell'insegnamento viene conseguentemente ri-adattato alle esigenze di razionalizzazione incentivate dalle indicazioni europee, con una generale funzionalizzazione dell'istruzione ai bisogni dello spazio europeo e agli obiettivi, di cittadinanza e socio-economici, che questo pone a tutti gli Stati membri;

- *la ridefinizione dei presupposti valoriali*: simili rivisitazioni hanno condotto ad una graduale revisione dell'intera disciplina del servizio di istruzione e dei suoi canali, con effetti rilevanti nella definizione dei principi ispiratori (anche costituzionali) della materia e delle situazioni giuridiche dei soggetti variamente coinvolti.

Tutti questi profili sono oggetto di ripetute critiche all'interno del dibattito nazionale, anche se occorre evidenziare che le voci degli addetti ai lavori (operatori della scuola, insegnanti, pedagogisti, intellettuali etc.) si rivolgono, prevalentemente, non tanto al fatto che le scelte – o, come si è visto, le *strategie* – sono compiute a livello europeo: ciò che viene contestato è costituito dalle opzioni – per vero, e in gran parte, del tutto corrispondenti – seguite dal legislatore nazionale in sede di riforma, come se quest'ultimo fosse totalmente libero di non conformarsi alle indicazioni sovranazionali⁵².

Il tono dei rilievi critici, infatti, è tutto diretto, per lo più, alla tendenza

⁵²V., da ultimo, G. Ferroni, *La scuola impossibile*, Roma, Salerno Editrice, 2015.

consistente nel subordinare la scuola alle trasformazioni della realtà socio-economica e alle esigenze contingenti della società tecnologica, evidenziandosi, spesso, anche l'assenza, nell'ordinamento scolastico italiano in mutazione, di un *progetto culturale* vero e proprio, alternativo, se non antagonistico, rispetto a quello seguito dalla fine degli anni Novanta in poi.

Si è potuto constatare, tuttavia, che questa tendenza nazionale è largamente confacente alle direzioni impresse dall'azione di coordinamento guidata dalle istituzioni europee.

Ma si potrebbe anche sottolineare, ampliando gli orizzonti dello sguardo, che non è stato solo il processo dell'integrazione europea a determinare il legislatore nazionale. Questo processo, infatti, non ha che cercato di *governare* in modo diverso, e su di una scala ben più estesa, i grandi problemi, in primo luogo, degli effetti (risalenti) dell'industrializzazione sull'estensione quantitativa e qualitativa dell'istruzione a masse sempre più vaste (motore già vivo, proprio in Italia, delle riforme degli anni Settanta⁵³), in secondo luogo, delle ricadute (più recenti) che a tale riguardo si sono avute in seguito ai rapidissimi cambiamenti economici che, soprattutto a cavallo del nuovo Secolo, hanno imposto un ripensamento complessivo dell'approccio al ruolo del capitale umano e della riflessione sulla funzione della scuola e dell'educazione *tout court*⁵⁴.

Occorre chiedersi, allora, non tanto (o non solo) se la tendenza (non esclusivamente) italiana sia di per sé positiva sul piano formativo / educativo⁵⁵, bensì se essa sia o meno *giuridicamente* in contrasto con alcuni punti fermi e irrinunciabili del modo con cui la nostra Costituzione guarda all'istruzione, all'insegnamento e alla scuola⁵⁶.

⁵³ V.A.L. Fadiga Zanatta, *Il sistema scolastico italiano*, Bologna, il Mulino, 1971, 7.

⁵⁴ Cfr. soprattutto il successo delle proposte avanzate, sul piano pedagogico, da J. Bruner, *Verso una teoria dell'istruzione*, Roma, Armando, 1995, e E. Morin, *La testa ben fatta. Riforma dell'insegnamento e riforma del pensiero*, Milano, Cortina, 2000.

⁵⁵ In proposito qualche dubbio sembra più che legittimo: v. sempre G. Ferroni, *La scuola impossibile*, cit., 53, specialmente con riguardo alla definizione del contenuto dei curricula e, quindi, delle materie oggetto di insegnamento. Ma v. anche, sempre di recente, le forti critiche espresse da G. Israel, *Cicli della vita e cicli della scuola*, in C. Cornoldi e G. Israel, *Abolire la scuola media?*, Bologna, il Mulino, 2015, in part. 105 ss.: «A giudicare dai documenti e dalle iniziative delle tecnocrazie europee che sempre più controllano anche i sistemi educativi dei vari stati, si direbbe che si vuol distruggere un'istruzione in cui si “perde tempo” dietro la cultura, le conoscenze e le discipline a favore di una scuola totalmente funzionalizzata alla formazione di forza lavoro, ovvero alla costruzione delle cosiddette competenze».

⁵⁶ Per un recente quadro d'insieme, v. i contributi raccolti in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del Convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, Jovene, 2014.

L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale

In questa prospettiva, uno spunto interessante è dato dagli studi che si sono posti esplicitamente tale questione nel contesto dell'analisi delle politiche europee della ricerca, valutate, in particolare, nel loro impatto in contesti di crisi economica, ossia in momenti nei quali lo spazio pubblico (non solo statale, ma anche europeo) è stimolato non solo a valorizzare al massimo il nesso di strumentalità tra istruzione ed economia, ma anche a concentrare le poche risorse disponibili su profili, settori o, in generale, abilità considerati come funzionali agli obiettivi di crescita e di coesione⁵⁷. L'accostamento tra scuola e ricerca non pare azzardato, poiché, nel nostro assetto costituzionale, la libertà della scienza è affiancata proprio alla libertà dell'insegnamento, che dalla prima trae un naturale alimento (v. art. 33, comma 1).

Con riguardo alla libertà della scienza, e così della ricerca, è possibile notare che la *governance* europea del settore aspira apertamente a *funzionalizzare* modi, itinerari e risultati, ponendosi con ciò in potenziale conflitto con alcuni pilastri caratterizzanti dell'impianto costituzionale italiano (*in primis* con il principio pluralista e con la missione culturale della forma di stato, ex art. 9 Cost.). Allo stesso tempo, però, si è anche evidenziato che un simile conflitto non si potrebbe risolvere nella posizione di una barriera fissa e facilmente identificabile *a priori*, dovendosi, piuttosto, cercare una soluzione di equilibrio e di bilanciamento, nella quale la cornice della contingenza economico-sociale, da un lato, potrebbe spingere il legislatore nazionale ad enfatizzare il peso degli obiettivi europei, dall'altro, non potrebbe mai privare le finalità costituzionali di un ragionevole spazio per una loro invariata, effettiva e compiuta realizzazione⁵⁸.

Un rilievo simile si potrebbe mutuare, in generale, anche per il complesso rapporto tra scuola, istruzione e insegnamento, specialmente laddove si constatasse l'imposizione, al *libero* esplicarsi di quel rapporto, di finalità specifiche, poste da poteri pubblici e da organizzazioni *altre* rispetto a quelle propriamente scolastiche, così come a quelle direttamente esponenziali della comunità politica repubblicana. Anche con riguardo alla politica scolastica, peraltro, il rischio sempre latente è che proprio queste ultime istituzioni si sentano legittimate ad intraprendere specifiche vie di riforma, segnatamente valorizzando gli input provenienti dal coordinamento europeo e *orientando* il *dover essere* dell'istruzione italiana in campi materialmente sbilanciati.

Al contempo, è possibile osservare che l'unico modo per misurare

⁵⁷ M. Bonini, *La "libertà" di ricerca, dallo "Stato sociale nazionale" al "welfare di mercato europeo"*, in *La ricerca scientifica tra Stato e mercato: ipotesi di collaborazione*, a cura di L. Degrossi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 1 ss.

⁵⁸ Cfr. sempre M. Bonini, *La "libertà" di ricerca*, cit., 73.

L'adeguatezza degli strumenti con cui il legislatore nazionale muta i lineamenti organizzativi e sostanziali dell'istruzione italiana non può consistere nella sola considerazione (astratta) della *modellistica organizzativa* mutuata dal livello europeo. Il caso dell'autonomia scolastica, in questo senso, è molto significativo, poiché, soprattutto in seguito alla sua costituzionalizzazione, con la l. cost. n. 3/2001, la maggioranza degli interpreti ne ha enfatizzato il carattere strumentale rispetto ad un rilancio della *Costituzione scolastica* e delle sue finalità. Ma non si può nemmeno nascondere la circostanza che molte delle indicazioni europee sono sinergiche rispetto a traguardi di complessiva revisione delle soluzioni istituzionali del servizio pubblico e dell'amministrazione, già posti da lungo tempo quale realizzazione degli obiettivi trasversali di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Si tratterà, dunque, sempre e comunque, di verificare la concreta configurazione normativa degli istituti introdotti nell'ordinamento nazionale sulla base dell'influenza europea, apprezzandone, volta per volta, la *microfisica* e riscontrandone, se del caso, le ricadute positive anche nei confronti della migliore attuazione del disegno costituzionale.

Abstract

The evolution of education policy in Italy has always been characterized by a strong tension between two different views: a first perspective, aiming to conceive the school as a neutral place for a better cultural growth of any individual; a second understanding, that interprets the education policy as a strategic tool for other concurring public policies. In the last two decades, EU law has significantly strengthened the second perspective. This contribute aims to give an overview about the rules, the principles and the tools available to the EU to implement its policies and to verify the impact of these policies on the reforms promoted by the Italian legislator from the end of the 1990s to the present day.

GIUSEPPE PIPERATA – LAURA TRUCCHIA

PUBBLICO E PRIVATO NELL'ISTRUZIONE:
UN'ANALISI ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE
DEL QUADRO COSTITUZIONALE E LEGISLATIVO*

SOMMARIO: 1. Pubblico e privato nell'istruzione: attori, regole e strumenti. – 2. Scuola pubblica e scuola privata nel sistema dell'istruzione: una compresenza difficile. – 3. Scuola pubblica e privata nell'evoluzione legislativa e costituzionale. Dallo Stato unitario alla riforma Gentile ovvero “la scuola liberale”. – 4. (*segue*) L'avvento della Costituzione ovvero “la scuola pluralista”. – 5. (*segue*) Dalla Costituzione alla fine degli anni Novanta ovvero “la scuola democratica”. – 6. (*segue*) Dalle riforme Bassanini al nuovo Titolo V della Costituzione ovvero “la scuola autonoma”. – 7. (*segue*) Dalla nascita del “Sistema nazionale di istruzione” alle riforme in itinere ovvero “la scuola partecipata”. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Pubblico e privato nell'istruzione: attori, regole e strumenti

Con riferimento all'istruzione, il rapporto pubblico – privato può essere colto sotto differenti profili. Innanzitutto, può essere analizzato con riferimento agli *attori* che da sempre compongono il quadro di quello che oramai rappresenta un sistema organizzato di prestazioni, la cui finalità è, appunto, quella di garantire a chiunque un'istruzione. Istruzione, intesa come scopo di un'azione assicurata dal pubblico e risultato complessivo di più insegnamenti coordinati tra di loro¹, non va confusa con altri concetti analoghi, che possono essere estranei o marginali nel contesto organizzativo in questione: è distinta non solo dal concetto di formazione professionale (ap-

* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti del 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara. Pur essendo frutto di una riflessione comune, i §§ 1, 2 e 8 sono stati scritti da Giuseppe Piperata, mentre gli altri da Laura Trucchia.

¹ Giusto per riprendere la nota definizione di U. Pototschnig, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, ora in Id., *Scritti scelti*, Padova, 1999, 665 ss. Per una precisazione linguistica sui vari concetti di istruzione, insegnamento, educazione, formazione, cfr. I. Fas-sin, *Sistema formativo*, in *Lessico della politica*, a cura di G. Zaccaria, Roma, 1987, 543 ss.

partenente ad altro contesto organizzativo), ma se vogliamo anche da quello di educazione, concetto più ambiguo e come tale considerato anche esso da norme e dalla stessa Costituzione, ma non sempre in modo da ritenerla – l’educazione – un obiettivo proprio della scuola.

È stato scritto che «la Scuola apre mondi. La sua funzione resta quella di aprire mondi. Non è solo il luogo istituzionale dove si ricicla il sapere dello Stesso, ma è anche potere dell’incontro che trasporta, muove, anima, risveglia il desiderio»². Sulla funzione della scuola già si coglie una prima distanza tra scuole pubbliche e scuole private. Non è questione di etichetta, laica o confessionale, pubblica o privata, quanto di apertura dell’istituzione alla coesistenza di una pluralità di orientamenti, ideologie, visioni anche di tipo ideologico. Come già affermato, infatti, «la tendenza c’è nella scuola pubblica come nella scuola privata. Solo che nella scuola pubblica vi è una pluralità di tendenze: vi è cioè un’offerta più articolata della quale l’allievo non può non beneficiare»³.

Se si parte dalla prospettiva degli attori, allora, l’attenzione degli interpreti viene necessariamente catturata dall’analisi del rapporto tra scuola pubblica e scuola privata, così come è andato evolvendosi nel corso delle numerose trasformazioni imposte legislativamente al sistema di istruzione. Non si tratta soltanto di approfondire le caratteristiche di questi due soggetti chiamati dall’ordinamento ad “istruire” e dei loro reciproci rapporti; importante, soprattutto, è partire dalla necessaria integrazione tra i due attori e delineare il ruolo educativo che la scuola – sia pubblica che privata – ha svolto e ancora oggi è chiamata a svolgere nell’ambito del sistema nazionale di istruzione⁴.

In centocinquanta anni il legislatore italiano è più volte intervenuto per ridefinire il rapporto tra i due attori, ogni volta con l’esigenza di adeguare il quadro normativo non solo ad una società in costante cambiamento, ma soprattutto a nuovi principi ispiratori e ai contesti ordinamentali trasformati⁵.

² M. Recalcati, *L’ora di lezione*, Torino, 2014, 93.

³ G. Corso, *Principi costituzionali sull’istruzione*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, Bologna, 2003, 43.

⁴ Sul ruolo educativo della scuola pubblica, anche in comparazione con quello della scuola privata, cfr. in particolare A. Catelani, M. Falanga, *La scuola pubblica in Italia*, Brescia, 2011, e anche E. Diciotti, *Il valore dell’istruzione, l’insegnamento della religione e le scuole confessionali nella Costituzione italiana*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2010, 107.

⁵ Per la ricostruzione storica della legislazione in tema di scuola e in particolare per una lettura dell’evoluzione del rapporto scuola pubblica e scuola privata, a partire dagli Stati pre-unitari, cfr. G. Genovesi, *Storia della scuola in Italia dal settecento ad oggi*, Bari, 2010; A. San-

In tale evoluzione sembra possibile individuare tre fasi distinte:

a. la prima è quella che può essere definita del *riconoscimento*, nel senso che, mentre lo Statuto Albertino si disinteressava della questione scolastica, a partire dalle prime leggi ordinarie in materia (in particolare, dalla c.d. legge Casati, R.d. 13 novembre 1859, n. 3725) si avvia la prima statalizzazione delle scuole pubbliche e si riconoscono anche le esperienze private, autorizzate ad operare in un regime di concorrenza.

Si tratta di un processo che verrà sostanzialmente confermato anche dalla legislazione di epoca fascista, in particolare dalla c.d. riforma Gentile (l. 3 dicembre 1922, n. 1601), che realizzerà un modello di “scuola di Stato”, di matrice pubblicistica, ma con la scuola privata, riconosciuta e pareggiata, spesso alleata nel portare avanti un’idea di educazione di Stato, fondata anche su basi etiche ed ideologiche;

b. la seconda fase è quella che possiamo chiamare della *convivenza* e che prende avvio con la nascita della Repubblica. In questa fase, inizialmente, si registra un fenomeno esattamente contrario a quello che aveva caratterizzato la fase precedente: le principali innovazioni interessano i principi ed il paradigma costituzionale, mentre la legislazione e l’amministrazione rimangono sostanzialmente legati ai modelli e alle dinamiche del passato. Infatti, la Costituzione celebra la scuola pluralista e autonoma, riconosce diritti e libertà scolastiche e di insegnamento, afferma una coesistenza tra scuola pubblica e scuola privata⁶, viceversa sul versante legislativo per molti anni sopravvive la struttura della riforma Gentile, utilizzata «in maniera chiaramente repressiva, per controllare, frenare ed eludere richieste sociali ormai completamente diverse»⁷.

Bisogna aspettare le riforme degli anni Settanta (l. n. 477/1973 ed i decreti delegati del 1974, poi riversati nel t.u. 16 aprile 1994, n. 297) per registrare una maggiore democratizzazione della scuola e le riforme degli anni

toni Rugiu, S. Santamaria, *Il professore nella scuola italiana dall'ottocento ad oggi*, Bari, 2011. Cfr. anche *L'istruzione*, a cura di C.M. Iaccarino, in *L'istruzione e il culto. Atti del congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1967.

⁶ Sulla scuola pubblica e la scuola privata nella Costituzione cfr. in particolare, S. Casese, A. Mura, *Artt. 33 e 34*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1976; U. Pototschnig, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, ora in *Un diritto per la scuola*, a cura di D. Bignonovo Re e F. Cortese, Trento, 2004, 327 ss.; A. Mattioni, *Scuola privata e pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 634 ss.; A. Mura, *La scuola della Repubblica*, Roma, 1979; *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Atti del convegno di Roma 23-24 gennaio 2014, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, 2014; M. Gigante, *L'amministrazione della scuola*, Padova, 1988.

⁷ G. Ricuperati, *La scuola nell'Italia unita*, in *Storia d'Italia*, vol. 18 I Documenti. Istituzioni e società civile, Torino-Milano, 1973-2005, 1723.

Novanta (in particolare, le leggi Bassanini) per l'attuazione del principio autonomistico (oggi rilanciato dalla riforma sulla Buona scuola, l. 13 luglio 2015, n. 107)⁸;

c. l'ultima fase può essere definita come quella dell'*integrazione*. Si apre nel periodo a cavallo tra gli ultimi due secoli e si sviluppa negli anni a noi più vicini, in un momento in cui, da un lato, si cristallizza l'idea dell'istruzione come servizio pubblico e come sistema a rete⁹ e, dall'altro, si dà vita al Sistema nazionale di istruzione (l. 10 marzo 2000, n. 62), dentro il quale operano in maniera integrata scuole statali e anche scuole private paritarie¹⁰.

Anche in questa fase sono presenti tendenze che favoriscono la definizione di un modello nuovo di compresenza di operatori pubblici e privati. Se nella fase precedente la convivenza del privato con il pubblico trovava il suo fondamento nell'art. 33 Cost., oggi l'integrazione tra i due poli del sistema trova la sua forza anche nel principio di sussidiarietà introdotto dalla riforma del Titolo V Cost.¹¹ e nell'enfasi che il diritto comunitario dà alla libertà di creare istituti educativi privati come facoltà riconducibile alla più ampia libertà di impresa (cfr. art. 14, Carta dei diritti fondamentali dell'UE e CGCE, 11 settembre 2007, C 318/05, *Schwarz*).

Il rapporto tra pubblico e privato a proposito di istruzione rileva anche con riferimento alle *regole* e agli *strumenti* che possono essere utilizzati nella costruzione di un sistema organizzato e di qualità rivolto a tal fine. Il tema,

⁸ Sui riflessi delle riforme istituzionali e costituzionali sul rapporto scuola pubblica – scuola privata cfr., oltre alle opere recenti già citate, in particolare *Istruzione bene comune. Idee per la scuola di domani*, a cura di V. Campione, Firenze, 2011; F. Donati, *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *Reg.*, 1999, 537 ss.; R. Morzenti Pellegrini, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica*, Milano, 2004; A. Poggi, *Istruzione, formazione e servizi alla persona tra regioni e comunità nazionale*, Torino, 2002. Per un primo commento della riforma del 2015, cfr. M. Cocconi, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 661 ss.

⁹ C. Marzuoli, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit., 11 ss.; A. Sandulli, *Istruzione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 3310 ss.; Id., *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003; M. Falanga, *Elementi di diritto scolastico*, Brescia, 2013; F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008.

¹⁰ S. Cornella, *Scuola pubblica e scuola privata tra regole di diritto interno e principi comunitari*, in *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, a cura di F. Cortese, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 151 ss.; M. Croce, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, cit., 333 ss.; S. Nicodemo, *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, Bologna, 2014; M. Renna, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit., 147 ss.

¹¹ Cfr. C. Marzuoli, *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 117 ss.

ovviamente, è vastissimo, e in questa sede si può segnalare soltanto la sua rilevanza. Infatti, come ogni altro ramo di azione dei pubblici poteri, anche l'istruzione risente dell'apertura all'uso delle regole e degli strumenti del diritto dei privati. Principi, modelli organizzativi, atti di tale diritto vengono alcune volte indicati come possibili soluzioni a problemi che caratterizzano il sistema di istruzione o ad esigenze che allo stesso impongono un'evoluzione in termini di maggiore efficienza e qualità. Vi sono dei settori del sistema di istruzione nazionale in cui l'oscillazione tra pubblico e privato si colloca in un contesto interpretativo e ideologico che va ben al di là di un mero problema di scelta di un modello organizzativo: si pensi solo al profilo del regime del rapporto di lavoro di chi è chiamato a governare l'istituzione scolastica o a fornire la prestazione scolastica¹², alla compatibilità di alcune figure negoziali privatistiche (ad es. le sponsorizzazioni) o ancora al profilo dell'origine del finanziamento che consente al sistema di operare¹³.

Infine, il rapporto tra pubblico e privato consente anche di cogliere tutte quelle dinamiche che rendono il sistema nazionale di istruzione un particolarissimo settore caratterizzato da alcuni interessi generali che giustificano l'intervento dei pubblici poteri, ma allo stesso tempo un luogo in cui debbono convivere libertà e aspettative di carattere meramente individuale. Ciò determina una costante tensione tra le parti che compongono il sistema, con la conseguenza che lo scenario regolativo è sempre "in movimento", molti dei problemi che caratterizzano il settore sono destinati a rimanere "aperti" e, in particolare, il legislatore è costantemente chiamato a immaginare nuovi interventi di ricomposizione.

2. Scuola pubblica e scuola privata nel sistema dell'istruzione: una compresenza difficile

Pubblico e privato convivono da sempre nel sistema dell'istruzione. Ma convivono, soprattutto, scuola pubblica e scuola privata, rappresentando i due modelli organizzativi in costante competizione nello svolgimento dei compiti educativi. Come abbiamo visto, la costituzione dei due modelli, la

¹² Si rinvia a M.L. Vallauri, *Lo stato giuridico dei docenti nella scuola privata*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit., 305 ss.; A. Viscomi, *Osservazioni critiche su lavoro e tendenza nelle fonti internazionali e comunitarie*, in *LD*, 2003, 588 ss.

¹³ Sulla questione, articolata e dibattuta, del finanziamento della scuola, si v. da ultimo, F. Guella, *La disciplina del finanziamento dell'autonomia funzionale scolastica e del diritto individuale all'istruzione*, in *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, a cura di F. Cortese, cit., 173 ss.

loro disciplina e i rapporti reciproci, i loro campi di azione sono questioni che hanno sempre impegnato il legislatore italiano, più volte intervenuto per definire i quadri ordinamentali di riferimento.

La scuola è una organizzazione, che – a seconda dei punti di vista – può essere considerata ora come impresa orientata verso la produzione del servizio di istruzione, ora come comunità di individui all'interno della quale si realizzano le personalità dei singoli, ma non può essere considerata come un'attività riservata esclusivamente al settore pubblico o, viceversa, all'iniziativa dei privati. Come segnalato, infatti, soprattutto in seguito alle scelte costituzionali, in Italia si è affermato «un sistema scolastico fondato sulla necessaria compresenza tra scuola pubblica e privata, secondo un modello pluralistico contrario sia alla surrogazione del pubblico con il privato, sia alla compressione della libertà dei privati di istituire scuole»¹⁴.

In tale contesto, la presenza della scuola pubblica si giustifica in quanto fornisce un servizio di istruzione neutra e non di tendenza¹⁵. Ciò significa, per riprendere le parole di Calamandrei, che «la scuola di stato, la scuola democratica, è una scuola che ha un carattere unitario, è la scuola di tutti, crea cittadini, non crea né cattolici, né protestanti, né marxisti»¹⁶. Si aggiunga, inoltre, che un sistema di istruzione con tali caratteristiche assicura quel concetto di pluralismo, che può trovare realizzazione solo se affidato ad una organizzazione scolastica pubblica non di tendenza¹⁷.

Ma la scuola pubblica trova la sua ragion d'essere soprattutto nella *doverosità* che connota la sua esistenza: lo Stato attraverso strutture educative deve necessariamente essere presente nel sistema dell'istruzione italiano, con un'offerta che, nel rispetto del pluralismo, assicuri insegnamenti non di tendenza o ispirati ad un'unica ideologia o religione di riferimento. Del resto, ciò emerge chiaramente dall'art. 33, secondo comma, Cost., nel momento in cui stabilisce che «la Repubblica [...] istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi». È questa, se vogliamo, una scelta di rottura rispetto alle impostazioni tradizionali delle Costituzioni liberali, le quali escludono qualsiasi compito pubblico nel settore dell'istruzione, limitandosi al massimo a sancire la libertà di insegnamento e quella di istituire istituti scolastici¹⁸.

¹⁴ Così A. Sandulli, *Istruzione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. S. Cassese, cit., 3315.

¹⁵ In questi termini, C. Marzuoli, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit., 22.

¹⁶ Così P. Calamandrei, *Difendiamo la scuola democratica*, in *Scuola democratica*, 1950, anche ora in Id., *Costituzione e leggi di Antigone*, Milano, 2004, 281.

¹⁷ Così F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit., 86.

¹⁸ Come giustamente notato da N. Bobbio e F. Pierandrei, *Introduzione alla Costituzione*, Bari, 1977, 87.

pubblico e privato nell'istruzione

Ed è proprio la *libertà* l'elemento, invece, su cui trova giustificazione la presenza del privato nel settore dell'istruzione. Libere sono l'arte e la scienza, come libero è il loro insegnamento (art. 33, primo comma); liberi sono i privati «di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato» (terzo comma), e godono di tale libertà anche quando chiedono la parità con le scuole statali, dato che questa deve essere loro assicurata dalla legge (quarto comma).

Il pubblico, quindi, deve farsi carico di un'organizzazione diretta a fornire il servizio di istruzione, mentre il privato è libero di farlo. Volendo usare le parole della giurisprudenza, la scuola pubblica «costituisce un servizio pubblico che lo Stato è obbligato ad assicurare, mentre nei confronti delle private l'obbligo per lo Stato è solo quello di non ostacolarne l'istituzione e il funzionamento, mentre incombe sui privati il compito di provvedere al reperimento dei fondi necessari per il loro funzionamento»¹⁹.

Tuttavia, se in astratto, scuola pubblica e scuola privata hanno contesti autonomi di riferimento, in concreto la situazione risulta essere molto meno lineare, dato che sono numerosi gli intrecci ed i punti in comune tra le due sfere. Innanzitutto, anche la necessaria organizzazione pubblica dell'istruzione deve assicurare ampi spazi alla libertà, a partire da quella riconosciuta all'attività di insegnamento. Succede, invece, che momenti di doverosità influenzino anche la scuola privata, soprattutto quando questa, aspirando ad uno *status* di parificazione, si deve assoggettare agli stessi standard che valgono per le prestazioni scolastiche assicurate dalla scuola pubblica.

Ma è proprio quando il privato non si limita a compiere la sua libera scelta di svolgere un'attività educativa, ma pretende di collocarsi nel sistema di istruzione scolastica, rivendicando la necessaria compresenza di cui si è detto, che le cose si complicano ed emergono tutte le difficoltà di una coabitazione necessaria. In questi casi, la legge deve creare le condizioni per permettere una coesistenza paritaria tra scuola pubblica e scuola privata, e ciò vuol dire un sistema di istruzione i cui contenuti sono predefiniti e i cui programmi educativi sono standardizzati, comuni e obbligatori per tutti gli attori. In altri termini, in questi casi la legge deve assicurare che pubblico e privato siano sullo stesso piano, ma per farlo può tornare utile banalizzare la natura del soggetto e, allo stesso tempo, omologare le prestazioni in un contesto di servizio pubblico, di modo che queste presentino lo stesso carattere e gli stessi contenuti indipendentemente dalla struttura scolastica chiamata ad erogarle.

Ma così facendo a farne le spese è proprio la libertà, sia rispetto alla

¹⁹ Tar Puglia, Bari, sez. II, 3 aprile 2009, n. 810.

scuola pubblica, sia soprattutto rispetto alla scuola privata, dato che – come è stato notato – l’omologazione delle prestazioni educative «pone un limite sia al diritto dei privati di istituire scuole perché tale diritto è libero nei contenuti solo se i privati rinunciano a far beneficiare i loro allievi del sistema pubblico degli esami di Stato, sia alla stessa libertà di insegnamento dei docenti della scuola pubblica»²⁰

3. Scuola pubblica e privata nell’evoluzione legislativa e costituzionale. Dallo Stato unitario alla riforma Gentile ovvero “la scuola liberale”

La riduzione degli spazi di libertà per effetto della predeterminazione dei contenuti del sistema scolastico nazionale è solo uno dei motivi che rendono difficile la coesistenza della scuola pubblica con la scuola privata. Vi sono, tuttavia, altre ragioni ed altri fenomeni, molteplici e di diverso impatto, che, fin dai primi passi mossi dal nostro Paese come nazione, hanno condizionato il rapporto tra scuola pubblica e scuola privata e sono stati affrontati dal legislatore, anche al fine di definire più in generale il modello formativo e l’interazione tra pubblico e privato nel settore dell’istruzione.

Prima dell’Unità la consapevolezza dell’importanza della scuola per lo Stato comincia a manifestarsi nella seconda metà del Settecento: gli Stati autonomi e laici cominciano ad occuparsi della scuola costruendo, accanto alle istituzioni private prima in sostanziale monopolio, strutture pubbliche non in funzione antireligiosa (semmai antigesuitica), ma come parte necessaria della politica del Principe²¹.

Le idee illuministiche (istruzione come fattore di rinnovamento sociale ed economico), rivoluzionarie (uguaglianza, libertà d’insegnamento e laicità della scuola) e della restaurazione (l’educazione come strumento fondamentale per sudditi fedeli e obbedienti) si susseguono, mescolandosi, nelle iniziative legislative dei diversi Stati pre-unitari costituendo la base delle leggi organiche successive: la c.d. legge Boncompagni (R.d. 4 ottobre 1848, n. 818) e la c.d. legge Casati (R.d. n. 3725/1895).

La legge Boncompagni del 1848 è caratterizzata dalla prima statalizza-

²⁰ Così G. Corso, *Principi costituzionali sull’istruzione*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit., 41.

²¹ Cfr. L. Pazzaglia, R. Sani, *Scuola e società nell’Italia unita*, Brescia, 2001; G. Genovesi, *Storia della scuola in Italia dal settecento ad oggi*, cit.; A. Santoni Rugiu, S. Santamaria, *Il professore nella scuola italiana dall’ottocento ad oggi*, cit.

zione della scuola, condotta tutta sotto il controllo dello Stato²², frutto della consapevolezza politica dell'importanza dell'istruzione che non poteva più essere lasciata all'esclusiva iniziativa privata.

Il sistema costruito dalla legge Boncompagni è rigidamente gerarchico e laico soltanto virtualmente, dato che l'insegnamento della religione cattolica è parte integrante del programma degli studi dell'epoca, sia nelle scuole di istruzione elementari, nelle quali si insegna il catechismo, che nei Collegi-convitti già diretti dai Gesuiti, collegi che il R.d. n. 819/1848, nazionalizza²³.

È alla Casati, che costituirà per lungo tempo la “*Magna Charta*” della scuola pubblica liberale del nuovo Regno²⁴, che si deve una disciplina specifica dei rapporti tra scuola pubblica e privata con riferimento sia all'istruzione secondaria che a quella elementare.

L'istruzione secondaria classica, in particolare, oltre che negli «stabilimenti regi o comunali» può essere impartita anche in istituti privati «pareggiati», sussidiati dallo Stato e sottoposti a ispezione e controllo sul rispetto dei requisiti voluti negli insegnamenti dallo Stato stesso²⁵ oppure da istituti privati aperti al pubblico²⁶, da cittadini abilitati ad un dato insegnamento che aprano personalmente corsi pubblici per il medesimo, dalle famiglie, sotto la vigilanza del padre (o di chi ne fa legalmente le veci) o di più padri in associazione tra loro²⁷.

²² Cfr. art. 1: «La pubblica istruzione dipende dalla direzione del Ministro Segretario di Stato incaricato di tal dipartimento: a lui spetta promuovere il progresso del sapere, la diffusione dell'istruzione e la conservazione delle sane dottrine, e provvedere in ogni parte all'amministrazione degli Istituti e Stabilimenti appartenenti all'insegnamento ed alla pubblica educazione»; art. 3: «da lui dipendono 1. Le Università del Regno con gli Stabilimenti alle medesime annessi. 2. I Collegi regii e pubblici, e i Convitti. 3. Le scuole di istruzione elementare e superiore sì pubbliche che private per gli adolescenti e gli adulti che non attendono a studi classici. 4. I Convitti e le scuole femminili di istruzione elementare e superiore pubbliche e private, che però continueranno ad essere rette con leggi particolari».

²³ Specificando, peraltro, all'art. 15 che «la Religione Cattolica sarà fondamento dell'educazione morale; gli acattolici non potranno essere ammessi come convittori nei Collegi Nazionali», ma soltanto come allievi esterni.

²⁴ Il testo legislativo consta di 380 articoli, con un Titolo I dedicato all'ordinamento della Pubblica Istruzione ed a seguire con una disciplina dettagliata dell'istruzione superiore, dell'istruzione secondaria classica e tecnica, dell'istruzione elementare.

²⁵ Cfr. art. 244, R.d. n. 819/1848.

²⁶ Cui, in base all'art. 245, «non corre legalmente l'obbligo di dare, ma nei quali comechessia si dà effettivamente l'istruzione secondaria del primo e del secondo grado». Sui requisiti necessari cfr. art. 246 e 247, R.d. n. 819/1848.

²⁷ Cfr. artt. 250, 251 e 253, R.d. n. 819/1848, dove si specifica anche che in questi ultimi casi «ai giovani [...] sarà aperto l'adito agli esami di ammissione o di licenza negli sta-

Infine, disposizioni speciali sono dedicate a quegli istituti retti da corporazioni religiose che, in alcune città, tengano legalmente il posto dei collegi reali: vengono sottoposti, per ciò che tocca il programma degli insegnamenti, l'ordine degli esami e il regime delle tasse, che a questi insegnamenti ed esami si riferiscono, al sistema da cui sono governati i ginnasi e, per ciò che concerne l'ispezione superiore e la idoneità legale degli insegnamenti che vi sono addetti, alle regole stabilite in ordine alle scuole secondarie municipali. Solo a queste condizioni, infatti, potranno tenere nelle città in cui sono stabiliti il posto dei ginnasi, ricevere i sussidi annuali e fruire dei redditi che a titolo particolare d'istituti di pubblica istruzione furono loro assegnati dallo Stato, o da fondazioni.

Nel complesso, è possibile affermare che, nei primi anni dopo la nascita del Ministero della Pubblica istruzione e con il formarsi di una legislazione dedicata, lo Stato pubblicizza la scuola con il fine pressoché esclusivo di formare il cittadino, oltre che avviarlo ad una professione, sulla base di un modello uniforme di valori etici e religiosi, economici e sociali.

Elementi chiave di questo approccio statalistico all'istruzione sono il valore legale del titolo di studio (indispensabile per l'accesso ai concorsi) e l'esame di Stato (perno centrale del sistema di istruzione pubblico in grado di condizionare anche l'istruzione privata)²⁸.

Scuola pubblica e scuola privata sembrano operare in un regime di concorrenza, scelta questa operata anche per necessità, visto lo stato di arretratezza culturale della popolazione e l'ancora immatura rete pubblica di istruzione²⁹.

Lo Stato impiega risorse essenzialmente per istruire la classe dirigente borghese, come dimostra la netta preferenza per la scuola superiore "classica", indispensabile per l'accesso all'università, mentre "regala" alla scuola privata ciò che non reputa necessario (in particolare l'educazione dell'in-

bilimenti analoghi d'istruzione pubblica secondaria, e agli esami di ammissione negli stabilimenti di pubblica istruzione superiore. La tassa però che avranno a pagare per questi esami sarà sempre doppia di quella che sono chiamati a pagare coloro che avranno fatti i loro studi negli stabilimenti pubblici, o negli istituti che a questi sono pareggiati».

²⁸ Cfr. artt. 223 e 225, R.d. n. 819/1848.

²⁹ Secondo lo stesso Ministro Gabrio Casati, «tre sistemi principali si offrivano da abbracciare: quello d'una libertà piena e assoluta, la quale, come in Inghilterra, esclude ogni ingerenza governativa; quello in cui, come nel Belgio, è concesso agli stabilimenti privati di far concorrenza cogli istituti dello Stato; quello, infine, praticato in molti paesi della Germania, dove lo Stato provvede all'insegnamento non solo con istituti suoi propri, ma ne mantiene eziandio la direzione superiore, ammettendo la concorrenza degli insegnamenti privati con quelli ufficiali. [...] Restava pertanto da abbracciare il partito più sicuro, vale a dire un sistema di libertà media, sorretta da quelle cautele che la contengono entro i dovuti confini».

fanzia); affida ai Comuni «in proporzione delle loro facoltà e secondo i bisogni dei loro abitanti» l'istruzione elementare gratuita (anche sulla base di accordi tra Comuni limitrofi), ma prevede anche la possibilità di affidare scuole a singoli maestri; riconosce la possibilità di affidare l'insegnamento alle famiglie e il ruolo importante svolto dalla scuola privata³⁰.

Vigente tale sistema, si è preferito parlare di «scuola di Stato»: l'interesse ad una società culturalmente coesa, a preservare l'assetto sociale costituito, ad assicurare la selezione dell'*élite* borghese, prevale, infatti, sul diritto dell'individuo ad una istruzione adeguata, che viene vista essenzialmente come fine istituzionale dello Stato, il quale deve provvedervi in via diretta, in base ad una organizzazione piramidale ed alla qualificazione delle scuole come organi dello Stato stesso.

Tale visione trova conferma e viene ulteriormente “finalizzata” durante il ventennio fascista nell'ambito delle riforme varate con la c.d. legge Gentile (l. n. 1601/1922), e con i successivi decreti delegati ai quali si deve la prima riforma organica della scuola (R.R.dd. 31 dicembre 1922, n. 1679, e 16 luglio 1923, n. 1753, per quanto riguarda la riforma dell'amministrazione scolastica, R.d. 6 maggio 1923, n. 1054, per quanto riguarda la riforma della scuola media, e R.d. 1° ottobre 1923, n. 2185, per quanto riguarda la scuola elementare).

In effetti, presentata come «la più fascista delle riforme», quella dell'allora Ministro Gentile non riuscì in realtà a superare l'evidente contrasto dell'impianto dell'ideologia del tempo in un modello di istruzione “classica”, creato per l'*élite* borghese, proprio dell'impostazione della legge Casati³¹, nonostante una particolare attenzione alla scuola elementare e media e la previsione di nuovi programmi dettagliati.

³⁰ Significativa in proposito anche la successiva c.d. legge Coppino del 15 luglio 1877, n. 3961, che all'art. 1 sembra configurare per l'istruzione elementare un ruolo addirittura sussidiario della scuola pubblica: «i fanciulli e le fanciulle che abbiano compiuta l'età di sei anni, e ai quali i genitori o quelli che ne tengono il luogo non procaccino la necessaria istruzione, o per mezzo di scuole private ai termini degli articoli 355 e 356 della legge 13 novembre 1859, o coll'insegnamento in famiglia, dovranno essere inviati alla scuola elementare del comune».

Tale sistema sembra confermato anche dalla riforma Ceredaro del 4 giugno 1911, n. 487, che peraltro prevede che «gli alunni che ricevono l'istruzione per mezzo di scuole private o con l'insegnamento in famiglia, alla fine dell'ultimo anno dell'obbligo scolastico debbono presentarsi agli esami del corso corrispondente alla loro età, nelle scuole pubbliche» (art. 70).

³¹ Il Ministro Giovanni Gentile dichiarò, infatti, che «la limitazione delle iscrizioni è propria delle scuole di cultura e risponde alla necessità di mantenere alto il livello di dette scuole chiudendole ai deboli e agli incapaci. Noi abbiamo troppi ed inutili, quando non sono valenti, professionisti, ed abbiamo invece molto bisogno di industriali, di commercianti, di artigiani, di minuti professionisti».

Quanto al rapporto tra scuola pubblica e scuola privata, permane l'attenzione agli istituti privati di istruzione e agli istituti pareggiati, nonché al ruolo centrale degli esami di ammissione, di idoneità, di promozione, di licenza, di abilitazione e di maturità considerati tappe obbligate anche per coloro che abbiano frequentato una scuola privata o la scuola paterna³².

Confermato anche il ruolo dell'educazione religiosa cattolica, posto «a fondamento e coronamento della istruzione elementare in ogni suo grado», secondo la forma ricevuta nella tradizione cattolica in significativa corrispondenza con il ruolo dell'insegnante, considerato come colui che deve “plasmare” la crescita dei giovani.

Nel complesso, dunque, sono rinvenibili i seguenti principi ordinatori: disciplina, gerarchia, sottomissione all'autorità, successivamente esasperati dalla c.d. Carta Bottai, che introduce un modello di scuola propriamente “etica”, in grado di «preparare personale esecutivo qualificato che possa rapidamente portare nel mercato della produzione oltre che abilità tecnica anche coscienza sociale, piena consapevolezza di uomo, di cittadino e di fascista»³³.

La scuola privata cattolica, d'altra parte, è vista sostanzialmente come “alleata” (al di là dei proclami formali) nella riduzione della scuola a veicolo di esempi comportamentali (significative, in questo senso, sia la parità giuridica concessa all'Università Cattolica di Milano, sia l'introduzione delle ore obbligatorie di religione, sia le facili e numerose parificazioni accordate in quegli anni alle scuole private cattoliche).

In questo quadro, se la visione della scuola come scuola di Stato permane, l'exasperazione della visione dello Stato come Stato-educatore ha notevoli conseguenze sul rapporto tra scuola pubblica e scuola privata.

Mentre prima, infatti, il ruolo sussidiario della scuola privata si giusti-

³² Cfr. in particolare gli artt. 70-96.

³³ Come da una dichiarazione dello stesso Bottai. Cfr. inoltre la I Dichiarazione della Carta, in base alla quale «nell'unità morale, politica ed economica della Nazione italiana, che si realizza integralmente nello Stato fascista, la Scuola, fondamento primo di solidarietà di tutte le forze sociali, dalla famiglia alla Corporazione, al Partito, forma la coscienza umana e politica delle nuove generazioni [...] per virtù dello studio, concepito come formazione di maturità, attua il principio d'una cultura del popolo, ispirata agli eterni valori della razza italiana e dalla sua civiltà; e lo innesta, per virtù del lavoro, nella concreta attività dei mestieri, delle arti, delle professioni, delle scienze, delle armi», e la VII Dichiarazione della Carta, in base alla quale «scuola e famiglia, naturalmente solidali, collaborano, in intimo e continuo rapporto, ai fini dell'educazione e dell'orientamento degli alunni. Genitori e parenti partecipano alla vita della Scuola e vi apprendono quella comunione di intenti e di metodi, che sorregge le forze dell'infanzia e dell'adolescenza sulle vie della religione dei padri e dei destini d'Italia».

ficava prevalentemente con l'im maturità del sistema pubblico di istruzione, nella scuola fascista sembra venire completamente meno la distinzione di ruoli.

Da un lato, infatti, si offusca alla base la distinzione tra istruzione scolastica ed educazione familiare; dall'altro si abbandona l'idea della laicità come caratteristica della scuola pubblica valorizzando invece precisamente il suo ruolo di orientamento di tendenza, mentre la scuola privata viene ulteriormente "indirizzata" al pareggiamento e/o "controllata" tramite la previsione degli esami pubblici per gli studenti.

4. (segue) L'avvento della Costituzione ovvero "la scuola pluralista"

La situazione muta radicalmente dopo la caduta del fascismo e con l'avvento della Repubblica: il ripudio del ruolo etico dello Stato e della scuola, la consacrazione anche in questo campo delle libertà fondamentali dell'individuo e dei corpi sociali, la tutela del pluralismo di idee ed istituzioni, la consapevolezza dell'importanza di assicurare il diritto all'istruzione a tutti i cittadini sono i nuovi scenari che si impongono fin dalle prime discussioni avvenute nella I^a Sottocommissione dell'Assemblea costituente in relazione alla formulazione degli articoli dedicati ai diritti sociali e ai rapporti culturali.

Come noto, peraltro, proprio il tema del rapporto scuola pubblica-scuola privata, in stretta connessione con i concetti di libertà *della* scuola e libertà *nella* scuola, si rivela particolarmente "caldo" e finisce con il monopolizzare la discussione.

Molto significativo in questo senso è per esempio il fatto che sia stato superato l'art. 1 dello schema iniziale di articolato, sul quale tra l'altro si era trovata iniziale convergenza tra i relatori on. Marchesi e on. Moro, che avrebbe garantito espressamente il diritto all'istruzione, sancendo che «è supremo interesse dell'individuo e della collettività assicurare ad ogni cittadino un'adeguata istruzione ed educazione per lo sviluppo della sua personalità e l'adempimento dei compiti sociali», preferendogli l'affermazione della libertà dell'arte, della scienza e dell'insegnamento, che avrebbero poi implicato una successiva articolazione dello schema rivolta soprattutto a garantire in pieno la libertà della scuola e delle iniziative non statali³⁴.

Così, in nome del principio pluralista, l'istruzione, interesse fonda-

³⁴ Cfr. l'intervento dell'on. Dossetti nella prima seduta del 18 ottobre 1946.

mentale della collettività, viene garantito dalla Costituzione tramite il doveroso e necessario intervento pubblico, nell'ambito del quale viene pienamente assicurata la libertà di insegnamento (pluralismo interno), oltre che attraverso il riconoscimento del diritto assoluto dei privati di istituire scuole anche "di tendenza", non sottoposte a regolazione qualitativa se non su richiesta e nel rispetto dell'integrale perseguimento dei fini privati (pluralismo esterno).

Scuola pubblica e scuola privata, necessariamente coesistenti, sono dunque collocate al di fuori di logiche di mercato tradizionali, come dimostra la disciplina speciale degli artt. 33 e 34, derogatoria rispetto agli artt. 41 e 43 Cost.

Da questo punto di vista sembra cioè privilegiarsi la logica della "diversità": la scuola pubblica come luogo di istruzione e di libera formazione della coscienza, garantita a tutti i cittadini in ogni ordine e grado, gratuita fin quando obbligatoria e poi comunque garantita a capaci e meritevoli in base al principio di uguaglianza sostanziale; la scuola privata come luogo di istruzione conforme all'educazione voluta dai genitori (in collegamento con l'art. 30 Cost.) di cui viene tutelata l'iniziativa e l'attività in quanto rispondente ad una richiesta "alternativa", ma senza oneri per lo Stato³⁵.

Così, nonostante sia chiaramente presente in questa visione la consapevolezza dell'importanza di una scuola pubblica laica³⁶, rimane in ombra il contenuto del diritto all'istruzione³⁷, che finisce coll'essere derivato soltanto

³⁵ Eppure, il compromesso di cui agli artt. 33 e 34 Cost. nella formulazione finale ha solo in parte colto gli aspetti importanti del dibattito. Significative, per esempio, le affermazioni di Moro che, precisando il pensiero della democrazia cristiana sul punto, sottolinea l'esigenza di un doppio ruolo dello Stato con riferimento alla scuola: diretto gerente di interessi collettivi, alla tutela dei quali provvede organizzando proprie scuole nell'esercizio dei suoi poteri amministrativi; supremo garante delle condizioni di libertà nelle quali si svolgono le attività di tutti i cittadini, che vigila e controlla nell'esercizio dei suoi poteri legislativi.

Altrettanto significative le osservazioni di Marchesi che, d'altra parte, sottolinea come da parte comunista si sia d'accordo nell'accettare la *libertà* della scuola privata e l'*utilità* della concorrenza dell'istruzione privata, essendo anche disposti a sussidiare le scuole religiose, quando queste esercitino però in luoghi dove manchino istituti pubblici di istruzione; lo Stato cioè non potrebbe riconoscere la *necessità* delle scuole private perché riconoscerebbe implicitamente la sua insufficienza a provvedere ai bisogni dell'educazione nazionale.

³⁶ Lo stesso richiamo alle "norme generali" è stato preferito rispetto al riferimento ai "principi generali" proprio per evidenziare che lo Stato non potrebbe dettare indirizzi ideologici, ma solo condizioni giuridiche.

³⁷ Cfr., oltre alle discussioni della prima seduta, anche quelle della seduta n. 103, con la proposta (peraltro poi ritirata) da parte dell'on. Franceschini di introdurre un art. 26-*bis* a sancire tale diritto, accantonato incomprensibilmente.

indirettamente, in quanto conseguenza naturale vuoi del libero esplicarsi dell'attività di insegnamento, vuoi del ruolo di garanzia dello Stato sul pluralismo dell'offerta di istruzione.

Non solo: la centralità del ruolo dello Stato negli art. 33 e 34 Cost., mentre ha reso meno evidente il contenuto del diritto all'istruzione inteso come diritto dell'uomo (non coincidente né con il diritto della famiglia, né con quello della Chiesa, né con quello dello Stato), concentrando l'attenzione verso il diverso concetto di istruzione come compito dello Stato (anche) educatore³⁸, ha finito con il porre in secondo piano anche il problema della distinzione/coesistenza tra istruzione ed educazione rispetto al rapporto tra scuola pubblica e privata³⁹.

Con queste premesse si è giunti così alla approvazione finale del testo degli artt. 33 e 34: da un lato il timore di porre in evidenza l'inadeguatezza dello Stato nell'assolvimento del fondamentale compito educativo di fronte alla spinta verso un deciso riconoscimento della libertà e dell'importanza della scuola privata, finiscono col fare accantonare la prospettiva concorrenziale e sussidiaria del rapporto scuola pubblica – scuola privata per disegnare un sistema su binari paralleli, che vede accanto alla scuola pubblica, comunque necessaria, l'istituzione libera della scuola privata confessionale.

³⁸ Tale aspetto è evidente nel dibattito svolto in Assemblea costituente dove accanto alla consapevolezza dell'importanza dell'istruzione e dell'educazione per misurare “il soffio innovatore” della Costituzione rispetto alla possibilità concreta che è in grado di offrire a ogni cittadino di elevarsi moralmente ed intellettualmente (Bruni, seduta 095), accanto al concetto di “neutralità” e di “laicità” dello Stato nei confronti dell'educazione, intesa come educazione “civica” di tipo democratico, diretta a rendere possibile la convivenza delle diverse correnti politiche e spirituali ed impartita nel rispetto dei diritti degli studenti, delle famiglie e della comunità è presente una concezione dell'istruzione come semplice mezzo il cui fine è invece l'educazione intesa come strumento per dare ai giovani “norme di vita”, precetti, ammaestramenti con fondamento di fede.

³⁹ Anche in questo caso sono significative le diverse posizioni espresse dai costituenti: chi vede nella scuola “di Stato” una scuola che deve democraticamente esprimere gli orientamenti prevalenti della società italiana, mentre la scuola privata dovrebbe essere scuola “di fiducia” delle famiglie; chi considera la scuola pubblica come scuola «veramente e, in senso superiore, unicamente libera ... in cui tutti quanti senza tessera e senza certificato di fede possono entrare»(Binni), come «campo aperto a tutte le concezioni della vita, onde il dovere assoluto del rispetto incondizionato della libertà di coscienza» (sempre Binni, richiamando Turati), mentre le scuole private, essendo “di origine commerciale”, non avrebbero tanto uno scopo educativo quanto piuttosto di guadagno e mirerebbero ad una “preparazione utilitaristica”, in vista degli esami; chi fa propria una idea di Stato non unico e (neanche l'ottimo) tra gli educatori, ma compartecipe della funzione educativa insieme alla famiglia, alla Chiesa ed ai singoli (Moro); chi infine ritiene proprio della scuola “di Stato” un ruolo etico, mentre la scuola privata sarebbe per ciò stesso l'unica “libera”.

Dall'altro lato, però, il timore di sottrarre risorse preziose alla scuola pubblica favorendo indiscriminatamente l'iniziativa privata, il rifiuto dell'idea dell'istruzione come servizio "parzialmente concesso in appalto" alla gestione privata, la preoccupazione che la forza concessa alle scuole "di parte" potesse diminuire quella delle scuole pubbliche⁴⁰, determineranno la formulazione «senza oneri per lo Stato», così come dall'approvazione all'ultimo minuto del famoso emendamento Corbino.

Qualcuno ha evidenziato la portata tutto sommato limitata⁴¹ e conservatrice⁴² degli artt. 33 e 34 Cost.

Altri hanno più decisamente rilevato che gli stessi articoli hanno finito col costituire un compromesso "equivoco", dove si dice meno di quanto si sarebbe dovuto e più di quanto non si sarebbe voluto, reso evidente ed esasperato dalla presenza di norme costituzionali "invase" da norme puramente legislative⁴³.

Certamente alcune conseguenze importanti derivanti dalla formulazione degli artt. 33 e 34 possono essere evidenziate: da un lato la disarmonia rispetto al catalogo dei diritti fondamentali ha reso successivamente essenziale un'opera di integrazione con i restanti valori fondamentali della Costituzione repubblicana, ed in particolare con gli artt. 2 e 3⁴⁴.

Dall'altro lato, con riferimento al rapporto scuola pubblica – scuola privata, il compromesso raggiunto nell'Assemblea costituente ha finito invece con il rimanere "sulla carta" rispetto a gran parte della successiva evoluzione normativa⁴⁵.

⁴⁰ L'on. Binni parla addirittura di pericolo di «assalto sfrenato» della scuola di parte alla scuola pubblica.

⁴¹ Vera e propria «occasione mancata» per il riconoscimento del diritto all'istruzione, in quanto la Costituzione non andrebbe oltre l'indicazione dell'obbligo scolastico e l'affermazione dell'ideologia dei capaci e meritevoli, cfr. G. Genovesi, *Storia della scuola in Italia dal settecento ad oggi*, cit., 176.

⁴² Con la conferma del sistema di istruzione come parte dell'amministrazione statale e l'assenza di direttive programmatiche innovative, cfr. S. Cassese e A. Mura, *Artt. 33 e 34*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., in part., 225.

⁴³ In questo senso l'on. Bernini durante il dibattito della seduta n. 97. Cfr., inoltre, con riferimento al c. 3 dell'art. 33, Cost., anche M. Renna, *Le scuole paritarie nel sistema di istruzione*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit., 147 e s.

⁴⁴ Cfr. G. Corso, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit., 35 s.

⁴⁵ Cfr. per un verso la lunga attesa prima dell'approvazione di una legge sulla parità, per altro verso le diverse interpretazioni susseguite con riferimento alla clausola «senza oneri per lo Stato». Sul punto E. Minnei, *Scuola pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, voll. I e II, Torino, 2003, e più recentemente F. Calzaretto, *Senza oneri per lo Stato: la posizione dei Costituenti sulle sovvenzioni alle scuole non statali*, in www.forumcostituzionale.it, 2009.

5. (segue) Dalla Costituzione alla fine degli anni '90 ovvero "la scuola democratica"

Proprio attorno al rilievo del diritto individuale all'istruzione e di quelli strettamente connessi all'istruzione accessibile ed uguale per tutti in ottemperanza all'art. 3 Cost. sembrano ruotare le riforme che hanno interessato la scuola fino alla fine degli anni Novanta.

Due aspetti sembrano rilevanti, soprattutto: la riflessione sul ruolo dell'istruzione, pienamente collegata agli artt. 2 e 3 Cost. e intesa come crescita, valorizzazione, pieno sviluppo della persona, e la ricerca di un diverso modulo organizzativo, più rispondente alle esigenze della scuola intesa ormai come servizio pubblico essenziale per tutti i cittadini.

Quanto al primo punto, è significativo il ruolo riconosciuto in questi anni alla scuola dell'infanzia, fino a quel momento lasciata in sostanziale monopolio alle iniziative private ed ora riconosciuta come scuola a tutti gli effetti, parte importante dell'educazione dell'uomo e del cittadino, che richiede allo Stato di intervenire anche direttamente per garantire un'offerta ampia ed equilibrata, garantendo comunque che le iniziative pubbliche e quelle private rispondano a standard comuni⁴⁶.

Anche con riferimento alla scuola elementare e media⁴⁷ si registra una diversa consapevolezza come risulta dall'indagine condotta dall'apposita *Commissione sullo stato e lo sviluppo della pubblica istruzione in Italia*⁴⁸, istituita con l'obiettivo di individuare le linee evolutive della pubblica istruzione sia in rapporto alla popolazione in età scolastica, sia in rapporto ai bisogni della società italiana⁴⁹, e di individuare anche il fabbisogno finanziario e le modi-

⁴⁶ Si vedano la l. 18 marzo 1968, n. 444, ed il passaggio dagli «Orientamenti» di cui al d.P.R. 11 giugno 1958, n. 584 (ispirati al modello tradizionale di scuola dell'infanzia come settore diverso e necessariamente a sé rispetto all'ordinamento scolastico), agli «Orientamenti» di cui al d.P.R. n. 647 del 10 settembre 1969 (dove l'istituzione della scuola materna statale si accompagna ancora ad una visione prevalentemente custodialistica ed assistenziale, che la considera educativamente accessoria e fuori dall'obbligo scolastico), ed infine agli «Orientamenti» di cui al d.m. del 3 giugno 1991 ed al relativo *Rapporto della commissione per la revisione degli orientamenti*, in *Studi e documenti degli annali della Pubblica Istruzione*, n. 63, Firenze, 1993.

⁴⁷ Di fondamentale rilievo è infatti l'introduzione della scuola media unica con la l. 31 dicembre 1962, n. 1859, che costituisce una vera e propria svolta democratica nella scuola in attuazione dell'art. 34 Cost., e contribuisce a ridurre l'incidenza della "selezione sociale" sulla scelta di proseguire gli studi.

⁴⁸ Istituita dalla l. 24 luglio 1962, n. 1073, che prevedeva diversi interventi e contributi per lo sviluppo della scuola.

⁴⁹ Bisogni che riguardavano settori dell'istruzione secondaria, artistica, universitaria e

fiche di ordinamento necessari per la crescita della scuola italiana, tenendo conto non solo della situazione della scuola statale, ma anche di quella non statale, in ordine, specificamente, alla sua partecipazione allo sviluppo generale dell'istruzione.

Particolarmente interessanti risultano molti passaggi della relazione finale della Commissione, la quale, mentre sottolinea l'esigenza di una maggiore autonomia delle strutture scolastiche in funzione di democratizzazione, ammodernamento ed efficienza dell'intero sistema, dall'altro reclama con urgenza l'intervento del legislatore in tema di parità delle scuole private, al fine di avere un minimo di certezza con riferimento a un settore particolarmente esposto «ad arbitrio di indirizzi e di interessi individuali»⁵⁰.

Più in generale, è sempre più sentita la necessità di una nuova ed ampia riforma della scuola, sia con riferimento all'ordinamento degli studi⁵¹, che con riferimento al profilo organizzativo: comincia a farsi strada l'idea dell'auto-ordinazione della scuola contrapposta all'idea di scuola ordinata dall'alto, della necessità del superamento del sistema centralizzato di governo verso la valorizzazione dell'autonomia e del collegamento con gli interessi territoriali e sociali che nel frattempo hanno assunto crescente estensione ed importanza.

Ed infatti, proprio la stretta interazione tra scuola, educazione ed azione politica, tesa a valorizzare all'interno della scuola stessa i principi di convivenza civile e democratica, insieme alla nuova visione “policentrica” in conseguenza della realizzazione dell'ordinamento regionale, volta ad evidenziare interessi diversi da quelli statali anche nel settore della scuola, portano al “grappolo” di provvedimenti sulla scuola emanati nel corso degli anni 1973 e 1974⁵².

La l. 30 luglio 1973, n. 477, ed i decreti delegati di attuazione del 1974

della ricerca scientifica connessi allo sviluppo economico e al progresso sociale, con riguardo anche all'intensificarsi ed estendersi delle relazioni internazionali e alla partecipazione dell'Italia agli organismi comunitari europei.

⁵⁰ Anche se con specifico riferimento ai finanziamenti proposte divergenti e contrapposte hanno impedito conclusioni comuni e soluzioni condivise. La *Relazione sullo stato e sullo sviluppo della Pubblica Istruzione in Italia* di cui alla legge del 1962 è pubblicata tra i documenti parlamentari della IV legislatura nel portale storico della Camera dei Deputati.

⁵¹ Con riferimento anche alla scuola superiore, oggetto non solo dei movimenti di contestazione del '68 ma anche, negli anni successivi, di diversi studi ad opera di numerose Commissioni di nomina governativa (Commissione c.d. Biasini, in *Studi e documenti degli annali della P.I.*, Firenze, 1971; Commissione c.d. Brocca, in *Studi e documenti degli annali della P.I.*, n. 56, Firenze, 1991, vol. I e II), e di numerosissimi disegni di legge discussi in Parlamento ma non approvati.

⁵² Cfr. M. Gigante, *L'amministrazione della scuola*, cit., 216.

costituiscono da questo punto di vista il tentativo di un complessivo riassetto giuridico ed amministrativo della scuola “in senso orizzontale”, tramite l’affermazione di un concetto di scuola come comunità partecipata attraverso l’istituzione e il riordinamento, nella scuola materna, elementare e secondaria, degli organi collegiali che, in grado di interagire con la più vasta comunità sociale e civica, hanno il compito di formulare proposte in ordine all’azione educativa e didattica ed in ordine ad iniziative di sperimentazione⁵³.

Questi aspetti si ritrovano tutti nel t.u. 16 aprile 1994, n. 297, che riordina la normativa precedente con particolare attenzione all’idea di comunità scolastica e agli aspetti relativi a composizione, funzioni e collocazione degli organi collegiali, e nel successivo d.P.R. 10 ottobre 1996, n. 567, sulla disciplina delle attività complementari ed integrative nelle istituzioni scolastiche chiamate, nell’ambito della propria autonomia, a definire e promuovere iniziative ulteriori da collocare nell’iter formativo degli studenti, realizzando l’apertura della scuola alle domande di tipo educativo e culturale provenienti dal territorio in coerenza con le finalità formative istituzionali.

A fronte di tali innovazioni, il panorama normativo relativo ai rapporti

⁵³ Interessanti le diverse letture di tale evoluzione: innanzitutto si rinviene l’eco della visione del rapporto scuola – famiglia, dove il ruolo educativo della scuola è inteso come sussidiario: se l’azione della scuola è prevalentemente istruttiva (educa mentre istruisce), l’azione della famiglia è prevalentemente educativa (istruisce mentre educa) allora l’esigenza, giustificata dall’art. 30 della Costituzione, è quella di garantire coerenza educativa all’azione di famiglia e scuola per rendere armonici i processi d’istruzione e di educazione portati avanti dalle due istituzioni. In questo senso è la famiglia il soggetto, l’attore principale del rapporto intrecciato con la scuola: questa è al servizio di quella ed è chiamata ad agire secondo il principio della sussidiarietà. È evidente, per altro verso, la spinta verso un maggior riconoscimento del ruolo partecipativo degli studenti nella definizione dell’offerta formativa ed educativa della scuola e del progetto educativo di istituto, nell’ambito di quella che si vorrebbe diventasse non solo una comunità scolastica ma anche una comunità educativa (secondo il progetto scolastico del filosofo e pedagogista americano J. Dewey, ad avviso del quale «la scuola stessa diventa una forma di vita sociale, una comunità in miniatura, una comunità che ha un’interazione continua con altre occasioni di esperienza associata al di fuori delle mura della scuola», in *Democrazia ed educazione*, 1916 – ma Firenze, 1949) anche se ciascuno rivendicava poi un proprio modo di leggere i “valori comuni” implicati. Infine è presente la ricerca di un modello organizzativo, basato su una concezione di gestione sociale della scuola, secondo cui era necessario aprirsi ad altre figure istituzionali (enti locali e imprese in particolare) portatrici dei più vasti interessi dell’utenza configurandone una partecipazione a livello di distretto scolastico, con funzioni prevalentemente di programmazione. Cfr. M. Gigante, *L’amministrazione della scuola*, cit., 220 e s. In tema di distretto scolastico, cfr. anche M. Cammelli, *L’amministrazione dello Stato tra riforma e tradizione: riflessioni in tema di distretto scolastico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, n. 2.

con la scuola privata rimane invece pressoché invariato: il Titolo VIII del t.u. del 1994, agli artt. 331 ss. dedicati all'istruzione non statale, ripropone per l'istruzione elementare la tipologia delle scuole parificate, sussidiate, private autorizzate⁵⁴; per l'istruzione secondaria, invece, lo stesso testo disciplina, con riferimento a scuole e corsi privati, il riconoscimento legale ed il pageggiamento.

Nelle scuole elementari le scuole parificate mediante il sistema delle convenzioni sono parzialmente finanziate dallo Stato e le scuole sussidiate, che svolgono funzione sostitutiva delle scuole statali, sono mantenute parzialmente col sussidio dello Stato; nelle scuole secondarie, le scuole parificate sono sottoposte ad un regime analogo a quello statale per la costituzione delle cattedre, il reclutamento ed il trattamento economico degli insegnanti, mentre i licei linguistici “storici”, nati come istituzioni private, sono assunti dalla legge a parametri per la conformità degli ordinamenti di altre istituzioni consimili.

Nonostante i forti cambiamenti in atto e il diverso modo di concepire l'istruzione come servizio, nonostante l'apertura verso la configurazione di un vero e proprio rapporto di utenza nella scuola⁵⁵, nonostante la presenza del quarto comma dell'art. 33 Cost., si ritrovano dunque ancora diverse fattispecie settoriali a determinare un'insufficiente ed eterogenea parità scolastica, riconosciuta soltanto in determinati ambiti dell'istruzione e/o soltanto per alcune tipologie di persone giuridiche⁵⁶.

Lo scollamento evidente del rapporto scuola pubblica – scuola privata rispetto al panorama in evoluzione era stato registrato già nel 1962 dalla Commissione d'indagine sulla scuola italiana che, da una parte, aveva confermato la necessità del controllo dell'idoneità degli studi svolti nella scuola privata attraverso l'esame di stato e del possesso da parte degli insegnanti della scuola privata dei medesimi titoli di studio e di abilitazione prescritti per gli insegnanti delle scuole pubbliche, ma aveva anche indicato come ormai urgente l'abolizione delle scuole sussidiate, considerata un residuo di una fase di sviluppo arretrato dell'istruzione obbligatoria statale.

La ricerca di una nuova soluzione dei problemi relativi sia alla regolamentazione dell'apertura di nuove scuole private⁵⁷ sia alla regolamentazione

⁵⁴ Cfr. la l. 5 giugno 1990, n. 148, in part. art. 14.

⁵⁵ Cfr. il d.P.C.M. 7 giugno 1995, contenente la *Carta dei servizi della scuola*.

⁵⁶ Cfr. M. Renna, *Le scuole paritarie nel sistema di istruzione*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, 154 s.

⁵⁷ Per le quali, non potendosi porre alcun limite di merito in base all'art. 33 Cost., si proponeva di disporre una semplice procedura di notificazione accompagnata dalla dimostrazione di applicazione delle norme regolamentari sulle condizioni igieniche ed edilizie.

delle scuole paritarie, attendeva ancora la predisposizione di una legge idonea a legittimare la richiesta di maggiore autonomia organizzativa, programmatica e metodologica rispetto al modello statale, mantenendo fermi al tempo stesso gli ordinamenti, gli indirizzi generali ed i termini di durata prescritti per le corrispondenti scuole dello Stato, il tutto in conformità anche agli orientamenti emersi in sede di riordino della scuola pubblica circa l'opportunità di maggiore autonomia ed elasticità delle strutture scolastiche per un'ampia, seppur controllata, sperimentazione didattica.

6. (segue) Dalle riforme Bassanini al nuovo Titolo V della Costituzione ovvero “la scuola autonoma”

Soltanto alla fine degli anni Novanta prende piede definitivamente un diverso concetto di scuola: alla scuola statale si sostituisce la scuola pubblica, al “monopolio” ministeriale subentra una rete decentrata di autonomie.

Le linee fondamentali della riforma del sistema di istruzione sono tracciate nell'art. 21, l. 15 marzo 1997, n. 59, e nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112: nell'ambito della riforma complessiva dell'organizzazione e dell'attività amministrativa si attua anche nel settore dell'istruzione il superamento della visione statocentrica delle istituzioni pubbliche e dell'amministrazione e la decisa valorizzazione dell'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche in una prospettiva “rivoluzionaria” sia interna al sistema scolastico, sia in rapporto alla riallocazione generale delle funzioni nel sistema amministrativo, con lo spostamento del baricentro il più possibile sull'amministrazione locale e regionale in applicazione del principio di prossimità o di sussidiarietà⁵⁸.

Si realizza dunque un nuovo modello di intervento pubblico nell'istruzione: un vero e proprio sistema nazionale di istruzione basato su una rete policentrica di istituzioni scolastiche autonome “dimensionate”⁵⁹, con il riconoscimento di spazi di autonomia anche nell'adeguamento del curriculum formativo⁶⁰, con una progettazione di istituto in dialogo col territorio ed eventualmente con altre scuole⁶¹.

⁵⁸ Sui principali punti delle riforme in questione si rinvia, in particolare, a *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, a cura di M. Bombardelli e M. Cosulich, Padova, 2005; *Lo Stato autonomista*, a cura di G. Falcon, Bologna, 1998; R. Morzenti Pellegrini, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica*, cit..

⁵⁹ In base ai criteri di cui al d.P.R. 18 giugno 1998, n. 233.

⁶⁰ Cfr. il d.m. 26 giugno 2000, n. 234.

⁶¹ Sul punto si veda lo studio del gruppo di Astrid, *Istruzione e formazione dopo la modifica del titolo V della Costituzione*, 2003.

Il d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275, sull'autonomia affida, infatti, ad ogni istituzione scolastica il compito di predisporre e di attuare il *Piano dell'offerta formativa* (POF), inteso come «documento fondamentale costitutivo dell'identità culturale e progettuale delle istituzioni scolastiche», che «esplicita la programmazione curricolare, extracurricolare, educativa e organizzativa che le singole scuole adottano nell'ambito della loro autonomia»⁶². Il POF viene elaborato dal collegio dei docenti e approvato da parte del consiglio d'istituto, tenuto conto delle proposte e dei pareri formulati dagli organismi e delle associazioni anche di fatto dei genitori e, per le scuole secondarie superiori, degli studenti⁶³, adottando tutte le iniziative utili al successo formativo.

In parallelo si apre una profonda riflessione sul riordino dei cicli scolastici e dell'offerta formativa ad opera della “Commissione dei Saggi”, istituita dal Ministro Berlinguer nel 1997 per l'individuazione delle «conoscenze fondamentali su cui si baserà l'apprendimento dei giovani nella scuola italiana nei prossimi decenni»⁶⁴, che viene incaricata di proporre una organica ridefinizione dei curricoli: tenuto conto della centralità dell'istruzione e della formazione per le politiche sviluppo sociale, culturale, economico e dell'occupazione, sembra opportuno, infatti, rivedere l'“enciclopedia gentiliana”, divenuta ormai incongrua rispetto non solo ai nuovi orizzonti culturali, ma anche alle trasformazioni della scuola stessa.

Lo spostamento dell'attenzione sull'autonomia delle scuole e sulla revisione e la personalizzazione dell'offerta formativa costituiscono la base, infine, per la definizione della questione del rapporto scuola pubblica-scuola privata.

Interessanti da questo punto di vista le conclusioni raggiunte nel 1997 dalla Commissione di studio D'Amore, istituita sempre dal Ministro Berlinguer nel 1996 per l'attuazione dell'art. 33, quarto comma Cost. in tema di parità scolastica.

Partendo dal nuovo ruolo dello Stato (non più gestore, ma regolatore), dal nuovo concetto di pubblico (da intendere non più come sinonimo di statale, ma in senso allargato di esercizio di funzioni rispetto a finalità comuni), dalla spinta al decentramento dei poteri attraverso l'autonomia decisionale delle istituzioni periferiche, si arriva a ritenere ormai necessario costruire un sistema integrato tra scuola pubblica e privata, che valorizzi

⁶² Cfr. l'art. 3, d.P.R. n.275/1999.

⁶³ Vedi il d.lgs. 30 giugno 1999, n. 233, di riforma degli organi collegiali.

⁶⁴ Cfr. *Atti della Commissione*, in *Studi e documenti degli annali della Pubblica Istruzione*, n. 78, Firenze, 1997.

pubblico e privato nell'istruzione

l'autonoma elaborazione di progetti educativi diversi, in relazione a particolari esigenze di persone e comunità territoriali, nel perseguimento di finalità generali e di obiettivi comuni.

Alla vecchia contrapposizione ideologica fra scuola dello Stato laica e scuola privata cattolica o religiosa, si sostituisce una dialettica più complessa fra ruolo della scuola gestita dallo Stato e ruolo di una scuola paritaria nella erogazione di un servizio educativo e formativo valido per l'intera società e perciò anch'esso pubblico in una «diversa visione della scuola che, per essere “pubblica”, ossia scuola di tutti e avere perciò accesso al finanziamento dello Stato, deve tendere, pur nell'ambito di progetti educativi diversi, alla formazione di soggetti liberi e capaci di autonomia critica e perciò essere fondata sulla libertà di apprendimento e sulla libertà di insegnamento, sul pluralismo e sul riconoscimento delle differenze. In tal modo, all'interno di un sistema pubblico governato da norme comuni e fondato su una convergenza culturale e sociale circa gli obiettivi formativi, gestori statali e non statali assolvono ad una medesima funzione pubblica»⁶⁵.

Sono subito evidenti, dunque, i due aspetti fondamentali da risolvere: da un lato, la definizione delle regole – che deve essere attuata in forza della norma costituzionale – e, dall'altro, il problema del finanziamento.

Su quest'ultimo punto, in particolare, intervengono i decreti 8 giugno 1998, n. 261, e 19 novembre 1999, n. 279, i quali, in materia di contributi alle scuole secondarie di I e II grado legalmente riconosciute e pareggiate, modificano il precedente d.m. 10 luglio 1991, n. 196, specificandone i criteri di erogazione allo scopo di sostenere e valorizzare gli interventi mirati alla elevazione dei livelli di qualità ed efficacia delle attività formative, in coerenza anche con i processi innovativi in atto nel sistema scolastico nazionale.

Ma è sul versante della parità scolastica e dell'attuazione del dettato costituzionale che si registra la principale innovazione, con l'approvazione della più volte citata l. n. 62/2000.

Come risulta dalla stessa relazione illustrativa al disegno di legge, le «disposizioni per il diritto allo studio e per l'espansione, la diversificazione e l'integrazione dell'offerta formativa nel sistema pubblico dell'istruzione e della formazione» si propongono come obiettivo prioritario quello di favorire la generalizzazione della domanda di istruzione, a partire dalla prima infanzia lungo tutto l'arco della vita, riconoscendo anche il valore delle iniziative di formazione e istruzione, da chiunque promosse, che siano coerenti con gli ordinamenti generali ed abbiano livelli di qualità e di efficacia adeguati al conseguimento del successo formativo.

⁶⁵ Cfr. lo Schema di documento della Commissione, istituita con d.m. 4 luglio 1996.

Si tratta di un'affermazione di grande rilievo, perché sposta il giudizio sulla bontà delle iniziative da una mera corrispondenza formale degli ordinamenti (cosa che accade nel sistema del riconoscimento legale) ad una verifica sull'efficacia dell'azione formativa, verifica che è affidata allo Stato attraverso il controllo dell'esistenza e della permanenza dei requisiti e la valutazione degli esiti.

Se la scuola statale rimane parametro di riferimento organizzativo e ordinamentale per tutte le iniziative complementari affidate alla libera iniziativa di enti e privati, continuando ad essere la struttura portante del sistema di istruzione del Paese, e fermo restando che il riconoscimento delle scuole paritarie non incide sull'obbligo della Repubblica di istituire scuole statali per ogni ordine e grado su tutto il territorio nazionale, la legge si propone di individuare caratteristiche dell'offerta formativa degli enti locali e dei privati che consentano di dettare regole generali ed uniformi, in un quadro che dia garanzie di stabilità e di qualità e consenta di dare attuazione al quarto comma dell'art. 33 Cost.⁶⁶.

La legge sulla parità si propone, dunque, da un lato di raggiungere il risultato di incoraggiare la scolarizzazione pre-obbligo e post-obbligo, fornendo alle famiglie di tutti gli alunni (delle scuole statali e paritarie) un sostegno concreto (art. 3) e, al tempo stesso, si propone di sostenere la libertà educativa delle famiglie nel quadro di regole che garantiscano il livello e la qualità dell'istruzione (artt. 1 e 2); dall'altro autorizza le Regioni (art. 4) ad intervenire in favore di tutti gli alunni capaci e meritevoli o che versano in condizioni economiche disagiate, qualsiasi sia il percorso che intendono seguire (in scuole statali o paritarie)⁶⁷.

La l.n. 62/2000 non si occupa, invece, del problema del finanziamento statale, che è rimesso alle successive leggi finanziarie, chiamate a risolverlo

⁶⁶ Precetti costituzionali che, in base alla relazione illustrativa, imporrebbero *a)* di garantire agli alunni delle scuole che ottengono la parità un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni delle scuole statali (art. 33 Cost.); *b)* di agevolare con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi (art. 31 Cost.), tra i quali rientra il dovere-diritto (art. 30 Cost.), dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli; *c)* di rendere effettivo il diritto all'istruzione dei capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze (art. 34 Cost.).

⁶⁷ L'intervento è volto a sostenere i genitori e gli alunni con modalità che la Corte costituzionale ha già ritenuto legittime in alcune pronunce, delle quali particolarmente significativa è quella in materia di fornitura gratuita dei libri di testo (cfr. sentenza 15-30 dicembre 1994, n. 454), nella quale si afferma che la natura dell'istituto di istruzione non può impedire la corresponsione di aiuti agli alunni, anche nel caso si tratti di istituzione meramente privata.

pubblico e privato nell'istruzione

nel quadro delle compatibilità possibili e tenendo presente il dovere prioritario dello Stato di istituire scuole di ogni ordine e grado su tutto il territorio nazionale.

Questo nuovo quadro trova conferma definitiva con la riforma costituzionale del Titolo V Cost. e la previsione del principio di sussidiarietà: la scuola pubblica è vista come sede autonoma e responsabile dell'organizzazione e della gestione dell'offerta di istruzione in base ai principi di prossimità e sussidiarietà verticale, in un sistema che resta nazionale, regolato dallo Stato con norme generali, sulla base di principi fondamentali, con la fissazione di livelli essenziali delle prestazioni. Le scuole private paritarie sono soggetti inseriti a pieno titolo nel sistema nazionale di istruzione accanto alle scuole pubbliche e chiamate a formare quello che è a tutti gli effetti il servizio pubblico di istruzione.

Due aspetti meritano di essere evidenziati.

In primo luogo, l'art. 33 Cost. che configura la scuola pubblica come, comunque, necessaria per «ogni ordine e grado», indipendentemente da vincoli di bilancio e dall'esistenza di una scuola privata di qualità, rende inapplicabile alla scuola non solo il principio di concorrenza, ma anche il principio di sussidiarietà orizzontale: il privato paritario è allora collocato “dentro” il pubblico.

In secondo luogo, nell'ambito del sistema nazionale di istruzione sembra tornare a delinearsi in modo inedito la differenza tra istruzione (oggetto delle norme generali, della fissazione di standard, del riconoscimento di livelli essenziali della prestazione fissati dallo Stato in funzione del raggiungimento di risultati uniformi) ed educazione (frutto essenzialmente di un progetto autonomo in funzione di apprendimenti individuali e differenziati).

Da questo punto di vista, cioè, la valorizzazione dell'autonomia del Piano per l'offerta formativa, rappresentativo dell'identità culturale (oltre che pedagogica, programmatica, progettuale e organizzativa) della singola scuola, spingendo a differenziare le offerte formative in base al “progetto educativo” diventa il veicolo per diversificare, all'interno del servizio pubblico di istruzione, non solo le scuole paritarie rispetto alle scuole pubbliche, ma anche le scuole pubbliche tra loro, e per instaurare, in questo modo, un meccanismo competitivo “di qualità”.

7. (segue) Dalla nascita del “Sistema nazionale di istruzione” alle riforme in itinere ovvero “la scuola partecipata”

Negli anni duemila il settore dell’istruzione è caratterizzato da un riformismo continuo, tanto che si è parlato di scuola “prevaricata”, a causa di interventi legislativi che si sono succeduti uno dopo l’altro senza un chiaro progetto unitario di riferimento e che l’hanno ridotta, invece, a vero e proprio terreno di contesa e di conquista da parte della politica⁶⁸.

Nonostante i tentativi di riforma spesso si siano risolti in una “tela di Penelope”, è possibile notare nel quadro regolativo che si è stabilizzato l’accentuazione di alcuni aspetti già presenti nella legislazione precedente ritenuti particolarmente funzionali, da un lato, al sempre più necessario ridimensionamento dei finanziamenti pubblici, dall’altro, al soddisfacimento delle istanze autonomistiche territoriali e/o sociali.

Alla base troviamo ancora la ricostruzione dell’istruzione come servizio pubblico, erogato da più soggetti in concorso tra loro, nell’ambito di un sistema nazionale⁶⁹ al cui centro si pone l’individuo e la piena formazione della sua personalità⁷⁰, ma l’attenzione si sposta sempre più dal diritto di istruzione agli aspetti relativi alla qualità del servizio, ai profili legati all’efficienza ed all’efficacia dell’erogazione, alla misurazione dei risultati raggiunti

⁶⁸ Cfr. M. Falanga, *Elementi di diritto scolastico*, cit.; G. Genovesi, *Storia della scuola in Italia dal settecento ad oggi*, cit.

⁶⁹ Sul Sistema nazionale di istruzione e sul ruolo della scuola paritaria si vedano, in particolare, A. M. Poggi, *Parità scolastica e sistema nazionale di istruzione: un profilo giuridico e costituzionale*, in *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, a cura di S. Versari, I Quaderni dell’Ufficio Scolastico Regionale per l’Emilia-Romagna, 2009, 60 ss.; A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit.; *La pubblica istruzione*, a cura di E. De Marco, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir. da G. Santaniello, vol. XXXIX, Padova, 2007; F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit.; M. Falanga, *Elementi di diritto scolastico*, cit.; *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, a cura di F. Cortese, cit.

⁷⁰ Significativa la l. 10 febbraio 2000, n. 30, c.d. legge Berlinguer (poi abrogata) che all’art.1 definiva il sistema educativo di istruzione e formazione come finalizzato «alla crescita e alla valorizzazione della persona umana, nel rispetto dei ritmi dell’età evolutiva, delle differenze e dell’identità di ciascuno, nel quadro della cooperazione tra scuola e genitori, in coerenza con le disposizioni in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche e secondo i principi sanciti dalla Costituzione e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo. La Repubblica assicura a tutti pari opportunità di raggiungere elevati livelli culturali e di sviluppare le conoscenze, le capacità e le competenze, generali e di settore, coerenti con le attitudini e le scelte personali, adeguate all’inserimento nella vita sociale e nel mondo del lavoro anche con riguardo alle specifiche realtà territoriali». Cfr. anche il Rapporto finale del 28 novembre 2001 del gruppo di lavoro c.d. Bertagna sulla riforma del sistema di istruzione e degli ordinamenti scolastici.

e alla costruzione di un rapporto di utenza, portando a sottolineare gli aspetti “aziendali” della scuola⁷¹.

Tale ricostruzione, seppure ritenuta non soddisfacente, è stata, però, strumentale per consentire un avvicinamento tra scuola pubblica e scuola privata, non solo sul piano della parità dell’offerta formativa di istruzione ed educazione, ma anche sul piano del reperimento di risorse finanziarie.

Ne troviamo conferma, innanzitutto, con l’attuazione della legge sulla parità⁷² e con la successiva erogazione di finanziamenti pubblici alla scuola privata: le risorse pubbliche all’istruzione privata sono stanziare in diverse forme, dirette⁷³ e indirette. Tra queste ultime si segnalano, ad esempio, l’introduzione di un regime di esenzione dall’imposta sugli immobili per attività didattiche svolte con «modalità non commerciali» e la previsione di «buoni scuola» statali a beneficio degli iscritti a scuole paritarie ricadenti nell’obbligo scolastico (eventualmente cumulabili con analoghi «buoni regionali»)⁷⁴.

Da sottolineare, inoltre, l’adozione di modalità diverse di finanziamento alla scuola pubblica, giustificate sia dalle progressive restrizioni dei finanziamenti statali, sia dalla necessità di introdurre correttivi all’effetto de-responsabilizzante del sistema tradizionale a favore di modelli di tipo con-

⁷¹ Cfr., oltre all’introduzione della Carta dei servizi, la significativa accentuazione dei poteri del dirigente scolastico, la riforma degli organi collegiali con l’introduzione di meccanismi di tipo aziendalistico, lo sviluppo del sistema nazionale di valutazione. Sul punto A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 232 e 246.

⁷² Cfr. d.l. 5 dicembre 2005, n. 250, conv. in l. 3 febbraio 2006, n. 27, art. 1-bis, Norme in materia di scuole non statali (autorizzazione – presa d’atto scuole private); d.P.R. 9 gennaio 2008, n. 23, *Regolamento recante norme in materia di convenzioni con le scuole primarie paritarie ai sensi dell’articolo 1-bis, legge 3 febbraio 2006, n. 27*; d.m. 29 novembre 2007, n. 263, *Disciplina delle modalità procedurali per l’inclusione ed il mantenimento nell’elenco regionale delle scuole non paritarie*; d.m. 29 novembre 2007, n. 267, *Disciplina delle modalità procedurali per il riconoscimento della parità scolastica e per il suo mantenimento*; d.m. 10 ottobre 2008, n. 82, *Linee guida di attuazione del decreto 29 novembre 2007, n. 263 “Disciplina delle modalità procedurali per l’inclusione ed il mantenimento nell’elenco regionale delle scuole non paritarie”*; d.m. 10 ottobre 2008, n. 83, *Linee guida di attuazione del decreto 29 novembre 2007, n. 267, “Disciplina delle modalità procedurali per il riconoscimento della parità scolastica e per il suo mantenimento”*; d.m. 10 ottobre 2008, n. 84, *Linee guida applicative del D.P.R. 9 gennaio 2008, n. 23, “Regolamento recante norme in materia di convenzioni con le scuole primarie paritarie”*; Nota del 24 Giugno 2011, *Scuole paritarie: numero minimo di alunni per classe*; Cir. 16 marzo 2010, *Riforma della scuola secondaria di II grado – Scuole paritarie*.

⁷³ Il d.m. 11 febbraio 2005, n. 27, parla di «partecipazione alle spese delle scuole secondarie paritarie».

⁷⁴ Cfr. F. Guella, *La disciplina del finanziamento dell’autonomia funzionale scolastica e del diritto individuale all’istruzione*, in *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, a cura di F. Cortese, cit. 211 s.

correnziale, legati alla qualità dell'offerta formativa e alla valorizzazione dell'autonomia funzionale delle scuole⁷⁵.

In tale contesto, uno degli strumenti più significativi è rappresentato dall'introduzione del finanziamento privato basato sulla previsione del c.d. contributo volontario scolastico da parte delle famiglie: si tratta di liberalità la cui cifra viene indicata dal consiglio di istituto e deve essere destinata all'arricchimento dell'offerta formativa in generale e con particolare riferimento all'innovazione tecnologica ed all'edilizia scolastica.

La partecipazione delle famiglie, dunque, è duplice: ai fini della progettazione del POF e ai fini del reperimento delle risorse necessarie ad attuarlo. È chiaro, infatti, che la destinazione dei contributi dovrà essere coerente con le scelte operate in sede di elaborazione dell'offerta formativa, essendo necessaria la condivisione sia delle scelte formative che delle finalità dei contributi e delle modalità di spesa.

È evidente, inoltre, l'accentuazione della partecipazione al finanziamento da parte dei diversi livelli territoriali coinvolti nel settore dell'istruzione: in particolare, le regioni per quanto riguarda la valorizzazione della programmazione della rete scolastica e delle risorse finanziarie e di personale⁷⁶, le province per il supporto ad alunni portatori di handicap e in materia di trasporto scolastico, i comuni nel settore dell'edilizia scolastica.

Si può parlare, dunque, di una nuova visione della scuola come "territoriale" e "partecipata", la cui concreta realizzazione è affidata anche ad importanti strumenti di partenariato tra scuola e enti territoriali e/o tra scuola e privati.

Le scuole, infatti, sono sempre più incentivate a promuovere protocolli di intesa, convenzioni o accordi con enti locali o con partner insieme istituzionali e sociali (associazioni, istituti di ricerca, ecc.) al fine di realizzare ampliamenti dell'offerta formativa che tengano conto delle esigenze del contesto culturale, sociale ed economico delle realtà locali, coerenti con le proprie finalità, in favore dei propri alunni e coordinandosi con eventuali iniziative promosse dagli enti locali, in favore della popolazione giovanile e degli adulti⁷⁷.

⁷⁵ F. Guella, cit., 188 s.

⁷⁶ Cfr. sul punto l'orientamento della Corte Costituzionale e, in particolare, la sentenza n. 13 del 2004, commentata da M. Cocconi, *La potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di istruzione fra nuovo titolo V ed esigenza di continuità di un servizio pubblico essenziale. Osservazioni a margine di Corte cost. 13/2004*, in *Foro it.*, 2004, 2667 s.

⁷⁷ Gli enti territoriali, dunque, da un lato sono coinvolti nella predisposizione del POF (cfr. art. 3 d.P.R. n. 275/1999) dall'altro, e coerentemente con la programmazione territoriale dell'offerta formativa di loro competenza, partecipano anche dal punto di vista finanziario.

Con riferimento al rapporto scuola-privati, invece, si può ricordare la previsione del possibile ricorso ai contratti di sponsorizzazione⁷⁸. La scuola può, infatti, concludere tali contratti con soggetti pubblici o privati in una prospettiva parternariale, accordando preferenza a soggetti che abbiano manifestato particolare attenzione ai problemi dell'infanzia e dell'adolescenza, con esclusione di quei soggetti le cui finalità e attività siano in contrasto, anche di fatto, con la funzione educativa e culturale della scuola⁷⁹.

Lo stretto rapporto educativo tra scuola e famiglia e tra scuola e territorio si ritrova in tutte le varie leggi di riforma della scuola, che si succedono a ritmo serrato dopo l'abrogazione della l. 10 febbraio 2000, n. 30; dalla l. 28 marzo 2003, n. 53, e successiva attuazione⁸⁰, fino alla l. 30 ottobre 2008, n. 169⁸¹, ed alla l. 8 novembre 2013, n. 128.

Non sono mancate le critiche verso il nuovo impianto legislativo, considerato che l'approccio seguito dal legislatore pare essere quello di abbandonare la considerazione degli studenti e dei loro genitori come di cittadini posti di fronte ad una scuola vista come ente autonomo funzionale di ser-

⁷⁸ Cfr. art. 41, decreto interministeriale n. 44, 1° febbraio 2001, recante "Istruzioni generali sulla gestione amministrativo-contabile delle istituzioni scolastiche". Di particolare interesse in questa sede anche l'art. 56 che prevede la possibilità per le istituzioni scolastiche, singole o in rete, di stipulare convenzioni con università, regioni ed enti pubblici, stipulare intese contrattuali con associazioni o privati, partecipare ad associazioni temporanee con agenzie formative pubbliche o private per la realizzare progetti integrati di istruzione e formazione anche nell'ambito di programmi regionali, nazionali o comunitari.

⁷⁹ Sul punto vedi Tar Puglia, Bari, 28 dicembre 2010, n. 4312, che giudica incompatibili sponsorizzazioni di soggetti che attuino propaganda di natura politica, sindacale, ideologica o religiosa o che pubblicizzino in via diretta o indiretta la produzione o la distribuzione di tabacco, prodotti alcolici, materiale pornografico o a sfondo fanatico o razzista.

⁸⁰ Cfr. d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59; 15 aprile 2005, n. 76; 17 ottobre 2005, n. 226. La legge n. 53 del 2003 prevede che, al fine di favorire la crescita e la valorizzazione della persona umana, nel rispetto dei ritmi dell'età evolutiva, delle differenze e dell'identità di ciascuno e delle scelte educative della famiglia, nel quadro della cooperazione tra scuola e genitori, in coerenza con il principio di autonomia delle istituzioni scolastiche e secondo i principi sanciti dalla Costituzione, sono promossi il conseguimento di una formazione spirituale e morale, anche ispirata ai principi della Costituzione, e lo sviluppo della coscienza storica e di appartenenza alla comunità locale, alla comunità nazionale ed alla civiltà europea; i piani di studio personalizzati, nel rispetto dell'autonomia delle istituzioni scolastiche, contengono un nucleo fondamentale, omogeneo su base nazionale, che rispecchia la cultura, le tradizioni e l'identità nazionale, e prevedono una quota, riservata alle regioni, relativa agli aspetti di interesse specifico delle stesse, anche collegata con le realtà locali.

⁸¹ Con i regolamenti di attuazione: d.P.R. n. 89 del 2009, d.P.R. n. 87 del 2010, d.P.R. n. 89 del 2010.

vizi all'individuo, per preferire quello che valorizza più propriamente una loro considerazione di clienti di una "azienda"⁸².

D'altra parte, l'ingresso dei privati nella scuola pubblica non solo come studenti fruitori del servizio o come famiglie corresponsabili delle finalità di istruzione ed educazione, ma anche come fonte di finanziamento o partner operativi porta con sé conseguenze di cui bisogna tener conto. Vi è infatti il pericolo di mutazione dell'identità delle scuole pubbliche in scuole "di tendenza", qualora il finanziamento delle famiglie venga concesso essenzialmente in base al progetto educativo espresso dal POF e guidato dalle scelte del Preside che rischia di diventare egli stesso veicolo e promotore di orientamento nella scuola pubblica.

Che la via sia quella di promuovere un sistema di *fund-raising*, con il pericolo di esasperazione della visione della scuola come azienda, emerge anche dall'ultima riforma del sistema scolastico, introdotta con la l. n. 107/2015.

Nel nuovo testo legislativo l'identità della scuola autonoma viene, infatti, sostanzialmente legata alla possibilità di modulare l'offerta formativa attraverso la scelta di diverse discipline opzionali con una forte attenzione ai bisogni delle famiglie e del territorio, resa possibile, oltre che da misure relative al rafforzamento ed alla mobilità dell'organico, anche dal potenziamento del ruolo del dirigente, dalla integrazione dei poteri degli organi collegiali, dalla possibilità di reperire più facilmente risorse private aggiuntive rispetto a quelle pubbliche⁸³.

Sembra chiara, dunque, l'evaporazione della distinzione tra scuole pubbliche e scuole private in base alla "tendenza", distinzione che, come si è visto, giustificava, da un lato, i due binari paralleli previsti in Costituzione a tutela del pluralismo, dall'altro, il regime della parità come eccezione alla regola.

Ora, per un verso, dopo la legge sulla parità, la scuola privata, nel momento in cui sceglie di aderire al sistema pubblico, perde la sua natura di scuola di parte: «cessa cioè di essere un segmento separato del sistema educativo in contrapposizione alla scuola statale, per assumere il ruolo di una istituzione educativa che garantisce una fondamentale libertà di scelta fra opzioni pedagogiche diverse e concorre, con una sua inconfondibile origi-

⁸² Cfr. A. Sandulli, *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, in *Costituzionalismo.it*, f. 1, 2009.

⁸³ Vedi, in particolare, quanto previsto sul finanziamento dell'innovazione digitale e della didattica laboratoriale, sullo School bonus, sulla detraibilità delle spese sostenute per la frequenza scolastica, sugli interventi per l'edilizia scolastica innovativa, aspetti sui quali si rinvia al commento di M. Cocconi, *La sfida dell'autonomia scolastica*, cit.

nalità, al raggiungimento degli obiettivi e degli standard fissati dallo Stato. È parte cioè di un sistema unitario, uno degli attori del sistema permeabile agli apporti di tutti i valori espressi dalla comunità e rispettoso delle libertà degli altri»⁸⁴.

Per altro verso, la valorizzazione dell'autonomia delle singole istituzioni scolastiche ha avuto come conseguenza l'attuazione di una più ampia diversificazione dell'offerta formativa necessariamente all'interno del sistema di istruzione che, realizzando in modo differente il principio del pluralismo, ha determinato una sorta di "mutazione" di identità che ha investito anche le scuole pubbliche.

Ci si trova dunque di fronte ad un modo diverso di intendere la stessa istruzione pubblica: uniforme nel rispetto di norme generali e di livelli essenziali di prestazione, differenziata quanto a proposte educative integrative, indifferente quanto al soggetto, pubblico o privato, erogatore.

Eppure, le ragioni poste a fondamento del sistema previsto in Costituzione rendono ancora necessario interrogarsi sulle modalità di un intervento pubblico nell'istruzione che deve esserci e non può essere, comunque, limitato o sostituito.

Da questo punto di vista la peculiare funzione dell'istruzione pubblica sembra tuttora essere quella di garantire un modello educativo alternativo a quello offerto dalla famiglia o da un ristretto gruppo sociale o culturale, in quanto, a differenza di questi, caratterizzato necessariamente dalla "neutralità" rispetto alle diverse concezioni del bene, alle diverse ideologie, alle diverse religioni.

In secondo luogo la necessità della istruzione pubblica sembra risiedere ancora nella garanzia del raggiungimento di obiettivi considerati fondamentali dall'ordinamento indipendentemente dall'applicazione di logiche di impresa, caratterizzandosi innanzitutto come luogo di integrazione e di equità sociale seppur accompagnato da un'ampia autonomia anche organizzativa e amministrativa⁸⁵.

Infine, in un'epoca che ha perso i tradizionali punti di riferimento e di legittimazione nei luoghi e nei territori, soggetta a spinte economiche spesso totalmente indipendenti da valori etici e morali, la scuola pubblica dovrebbe svolgere un ruolo chiave sia a presidio dell'identità culturale della comunità alla quale si rivolge, sia a tutela della libertà e della piena realizzazione dei singoli individui che la compongono: valorizzando le caratteristiche che contraddistinguono la prima, contribuirebbe a rafforzarne la base, a

⁸⁴ Cfr. lo Schema di documento della Commissione c.d. D'Amore, cit., 4.

⁸⁵ A. Sandulli, *op. ult. cit.*

tutela della stessa sopravvivenza del senso di appartenenza comune; garantendo l'apertura al confronto ed il pluralismo interno ed esterno diverrebbe l'indispensabile punto di partenza che permetterebbe a ciascuno di costruirsi una propria, personale identità, nel rispetto dei principi di libertà e di dignità umana⁸⁶.

Nell'odierno sistema di istruzione integrato, indifferente al soggetto erogatore e aperto al finanziamento privato, la logica dell'intervento pubblico sta tutta nel trovare un sistema di regole, controlli e valutazione idoneo a raggiungere tali obiettivi.

8. Considerazioni conclusive

Dalla c.d. legge Boncompagni del 1848, che per prima ha immaginato una rilevanza pubblicistica del compito educativo, sono passati molti anni e molte sono state le leggi che sono intervenute per riscrivere il modello scolastico, al fine di adeguarlo al costante cambiamento della società italiana, dei suoi bisogni, dei suoi orientamenti e delle sue sensibilità.

In questi anni, molti quadri e scenari si sono stabilizzati: i principi in tema di istruzione e sistema educativo sono stati condivisi e fissati anche a livello costituzionale; l'istruzione è oramai un compito che lo Stato non può omettere di svolgere, si presenta come servizio pubblico e la sua erogazione presuppone l'esistenza di un sistema integrato all'interno del quale scuole pubbliche e private si collocano come i due attori principali; molte delle libertà che connotano tale settore di intervento si sono rafforzate, la libertà di insegnamento per prima, ma anche la libertà della scuola, la libertà degli studenti e delle famiglie; i diritti, di conseguenza, hanno assunto un maggiore spessore, fino al punto da poter essere considerati diritti sociali⁸⁷.

In tale evoluzione ha fatto sempre da sfondo una costante dialettica tra pubblico e privato: rispetto al sistema integrato da far funzionare, alle libertà da esercitare, ai diritti da garantire. Abbiamo visto che pubblico e privato convivono necessariamente in un impianto costituzionale che ne prevede la presenza necessaria. Essi, però, continuano ad essere i due poli estremi verso

⁸⁶ In questo senso, cfr. G. Laneve, *Istruzione, identità culturale e Costituzione: le potenzialità di una relazione profonda, in una prospettiva interna ed europea*, in *Federalismi.it*, 2012. L'autore parla di necessario riferimento della scuola all'identità culturale arricchita dall'identità costituzionale tramite il richiamo non solo e non tanto ai principi giuridici, quanto soprattutto ai valori sottesi a questi ultimi.

⁸⁷ Cfr. G. Barone, G. Vecchio, *Il diritto all'istruzione come «diritto sociale»*. *Oltre il paradigma economicistico*, Napoli, 2012.

i quali il sistema può essere orientato. Il legislatore, ha saputo evitare, con i tanti interventi ricordati, che si creino forti e improvvise oscillazioni, ma non può certo impedire il movimento. E ultimamente tale movimento pare destinato ad intensificarsi per diverse ragioni, che in conclusione è utile brevemente segnalare.

Innanzitutto, c'è un punto di partenza rappresentato dal giudizio negativo che spesso si dà al sistema italiano dell'istruzione, un sistema, cioè, spesso ritenuto inadeguato poiché caratterizzato da numerose criticità: autoreferenzialità, mancanza di valutazione, mancanza di un rapporto con il mondo del lavoro, per citarne alcune. È stato detto con molta durezza che «il sistema educativo [...] in una parola non funziona»⁸⁸. Ecco allora i tentativi fatti da più parti di trovare nuovi modelli all'interno dei quali riposizionare l'istruzione, immaginando nuove qualificazioni della stessa in termini di bene comune o in termini di funzione/servizio pubblico⁸⁹ o ancora nuovi modi di intendere la parità, in uno scenario dove pubblico e privato sono messi sullo stesso piano nello svolgimento di attività che presentano le stesse caratteristiche e assicurano le medesime garanzie, indipendentemente dalla natura del soggetto che le gestisce⁹⁰.

La dialettica tra pubblico e privato nell'istruzione, poi, implica un quadro di riferimento costantemente in movimento, dato che continuano ad esserci importanti aspetti del rapporto che non sono stati definiti o risentono più di altri dell'influenza che molti fattori esterni possono determinare a seconda di particolari momenti storici o istituzionali. Si pensi, tra i tanti, al tema del finanziamento della scuola privata, tema sul quale non sono mancate improvvise chiusure e altrettante improvvise aperture da parte del nostro ordinamento, ma soprattutto, continue precisazioni e interpretazioni da parte degli interpreti e della giurisprudenza. È di poco tempo fa, ad esempio, un'interessante pronuncia del giudice amministrativo, che ha dichiarato l'illiceità di alcuni criteri adottati dal MIUR per l'assegnazione dei contributi alle scuole paritarie e basati sull'identificazione in termini soggettivi di tali scuole: per il Consiglio di Stato, infatti, la valutazione deve essere oggettiva e, quindi, le Scuole paritarie senza fini di lucro non sono solo quelle gestite da soggetti giuridici senza fini di lucro, ma anche quelle che svolgono oggettivamente senza il perseguimento di tal fine il servizio sco-

⁸⁸ V. Campione e F. Bassanini, *Istruzione bene comune*, in *Istruzione bene comune*, a cura di V. Campione e F. Bassanini, cit., 9 ss.

⁸⁹ Cfr. C. Marzuoli, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, cit.

⁹⁰ M. Croce, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, cit., 361 ss.

lastico, ossia senza corrispettivo (vale a dire a titolo gratuito) o dietro versamento di un corrispettivo solo simbolico, per l'attività didattica prestata, tale comunque da coprire solo una frazione del costo effettivo del servizio⁹¹.

Ma le principali innovazioni nel rapporto tra pubblico e privato nel sistema dell'istruzione potranno intervenire per effetto di un nuovo intervento legislativo di riforma. Bisogna, infatti, sottolineare che la l. 107/2015 sulla c.d. Buona scuola trasforma fin dalla sua entrata in vigore molti aspetti organizzativi del servizio scolastico nazionale. Allo stesso tempo, però, la riforma rinvia ad ulteriori interventi. Uno di questi riguarda proprio il sistema di parità delle scuole private con quelle pubbliche, dato che il MIUR dovrà avviare «un piano straordinario di verifica della permanenza dei requisiti per il riconoscimento della parità scolastica di cui all'articolo 1, comma 4, della legge 10 marzo 2000, n. 62, con particolare riferimento alla coerenza del piano triennale dell'offerta formativa con quanto previsto dalla legislazione vigente e al rispetto della regolarità contabile, del principio della pubblicità dei bilanci e della legislazione in materia di contratti di lavoro» (art. 1, c. 152).

Ma soprattutto, la l. n. 107/2015 attraverso numerose deleghe rinvia ad una fase successiva la riforma complessiva del sistema. In particolare, per effetto dell'art. 1, c. 180, «il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi al fine di provvedere al riordino, alla semplificazione e alla codificazione delle disposizioni legislative in materia di istruzione, anche in coordinamento con le disposizioni di cui alla presente legge», riordino che sarà guidato da criteri e obiettivi di un certo interesse, a partire dalla istituzione di un nuovo sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita fino a sei anni. Anche su questo fronte sono da aspettarsi importanti novità.

Nel sistema italiano dell'istruzione a non finire mai non sono solo gli esami, ma anche le riforme.

Abstract

Education is a very special sector: in fact, it's characterized by general interests justifying the intervention of public authorities, but it's also a field where freedom and purely individual expectations must coexist. Consequently, the regulatory scenario is always in motion and many of the problems that characterize it are destined to re-

⁹¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2016, n. 292.

pubblico e privato nell'istruzione

main open, with a legislator constantly called upon to devise new interventions in order to recompose public and private instances. This paper aims to identify the most relevant aspects of the evolution of the legislative and administrative framework of the education system by analyzing the relationship between public and private in the last 150 years: first, with reference to the actors involved in the organization responsible for performance assessments; secondly, with regard to the rules and tools that can be used in the construction of a well-organized system.

FABIO DI CRISTINA

IL TORTUOSO PERCORSO DELL'AUTONOMIA SCOLASTICA*

SOMMARIO: 1. Autonomia, funzioni e organizzazione. – 1.1. Lo Stato educatore: oltre un secolo di continuità. – 1.2. La lenta affermazione del modello autonomistico. – 1.3. Il prisma dell'autonomia. – 2. Autonomia e rappresentanza. – 2.1. L'affermazione e il declino della rappresentanza organica. – 2.2. Il rapporto inverso tra rappresentanza organica e autonomia. – 3. Quali *autonomie* per le istituzioni scolastiche?

1. Autonomia, funzioni e organizzazione

1.1. Lo Stato educatore: oltre un secolo di continuità

Nella sua relazione al IX Convegno regionale su “*La scuola italiana tra Stato e mercato*” organizzato a Napoli nel 1991, Sabino Cassese ricordava come, sebbene l'ordinamento del Regno di Sardegna e Piemonte avesse previsto l'istituzione di un “ufficio civile dello Stato”¹, si dovette attendere il periodo immediatamente successivo all'unità del Paese per la “glorificazione” dello Stato come “organo funzionale della Società” nel campo dell'istruzione².

Ancor più di quelle dello Stato pre-unitario, dunque, le istituzioni dello Stato unitario si adoperarono strenuamente, a partire dagli anni Settanta dell'Ottocento, per divenire il centro irrinunciabile dell'istruzione nazionale³. È lo stesso Cassese a richiamare le parole di Francesco De Sanctis,

* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti del 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara.

¹ Nel 1847 furono istituiti nel Regno una Regia segreteria di Stato per l'istruzione pubblica e un Consiglio superiore della pubblica istruzione con funzioni consultive.

² S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Foro it.*, 1991, 1 ss.

³ A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, Il Mulino, 2003, *passim*.

ministro della pubblica istruzione del Regno tra il 1861 e il 1862, pronunciate a proposito della natura e della funzione dell'istruzione obbligatoria e del rapporto tra scuola e Stato. Da un lato, secondo De Sanctis, l'istruzione, almeno quella elementare, è questione di ordine pubblico⁴, e per ciò stesso funzione propria e irrinunciabile dello Stato. Dall'altro, l'organizzazione scolastica statale non deve essere "neutra ed indifferente", bensì funzionale a guidare e indirizzare l'educazione e l'intelligenza del Paese.

La temperie culturale del tempo, sospinta da un sostrato socio-economico la cui integrazione in un corpo unitario era resa estremamente difficoltosa dalla povertà e dall'analfabetismo, in alcune zone del Paese anche totale, rendeva tale concezione quasi una scelta obbligata, sebbene a questa si fosse affiancata quella, eventuale, della delega di funzioni agli enti locali, specialmente nel settore dell'istruzione elementare e professionale. È ancora Cassese a rammentare in quella relazione del 1991, a riprova delle condizioni di contesto che avevano contribuito a costruire le fondamenta dello Stato educatore, come la società italiana fosse "asfittica" e dominata da pochi interessi privati⁵. Era pertanto necessario "abbrancarsi allo Stato" per unificare e assimilare il corpo sociale attraverso l'istruzione. Questa, all'epoca, rappresentava uno dei fattori di unificazione dalla più elevata capacità di penetrazione: poteva giungere ovunque nel Paese attraverso gli insegnanti, più facilmente delle infrastrutture o dei mezzi di informazione.

La figura dell'abbrancamento e dell'indissolubile legame tra Stato e istruzione che ne deriva era, per la verità, ben evidente almeno sin dal 1859, nel periodo immediatamente pre-unitario. La c.d. legge Casati⁶, architettata sulla scorta del modello amministrativo piemontese, intestava al ministro della pubblica istruzione l'apposizione di un vincolo di supremazia e di dipendenza sulle "autorità scolastiche", potendo questi persino riformare o annullare i loro atti amministrativi⁷. Peraltro ancor prima, nel 1848, la c.d. legge Boncompagni aveva sottoposto alla vigilanza del Ministero dell'istruzione, istituito un anno prima⁸, tutti gli organi preposti alla "direzione della

⁴ Era in particolare, nelle parole di Francesco De Sanctis, «una questione di interesse pubblico come l'amministrazione della giustizia, come la marina, come tutti i servizi pubblici».

⁵ Ancora S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit., 1 ss.

⁶ In tema, diffusamente, G. Talamo, *La scuola dalla legge Casati all'inchiesta del 1864*, Giuffrè, Milano, 1960.

⁷ In argomento, V. Sarracino, E. Corbi, *Storia della scuola e delle istituzioni educative (1830-1999)*, Napoli, Liguori, 1999, 30-31.

⁸ R. Ugolini, *Per una storia dell'amministrazione centrale. Il Ministero della pubblica istruzione*, Roma, 1979; nonché M. Gigante, *L'amministrazione della scuola*, Padova, 1988, 187 ss.

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

pubblica istruzione”⁹. La relazione organizzativa di più immediata attuazione era dunque quella gerarchico-verticistica e, come detto, fu prescelta per la debolezza delle autonomie territoriali allora esistenti, per legittimare le istituzioni centrali appena nate e per una sorta di naturale adeguamento a ciò che si conosceva più da vicino, ossia il precedente cavouriano.

Lo Stato unitario fa propria tale concezione e tenta così l'unificazione culturale attraverso la propagazione sul territorio nazionale di un modello d'istruzione strettamente piramidale¹⁰. Dal punto di vista amministrativo, inoltre, le istituzioni pubbliche del Nord, del Centro e del Sud nascevano da tradizioni spesso lontane tra loro e faticavano a garantire omogenei livelli nell'erogazione dei pubblici servizi, ivi compresa l'istruzione obbligatoria.

Da un lato, quindi, il nuovo Stato conferma la statizzazione del sistema scolastico ed estende al Centro e al Meridione l'ordinamento amministrativo sardo-piemontese. Dall'altro, lo costruisce sul modello cavouriano¹¹, rendendo le scuole veri e propri organi tecnici dello Stato¹², puntando sull'affidamento dell'istruzione elementare ai comuni (le sole autonomie chiamate ad esercitare una piccola quota delle funzioni incardinate nel centro¹³) e selezionando, per potenziare l'istruzione liceale, il modello degli studi classici a scapito di quello tecnico o professionale.

Sul piano didattico-pedagogico, il grado di autonomia delle istituzioni scolastica era al tempo estremamente limitato. Sul piano strettamente finanziario, il peso degli oneri era ripartito tra gli enti locali, diversamente responsabili in base al grado degli studi. Tale ripartizione durerà per almeno settant'anni: è infatti del 1933 il regio decreto legge¹⁴ che dispone il passaggio delle scuole elementari dai comuni, spesso non in grado di finanziare neppure le più piccole riparazioni degli edifici scolastici, allo Stato centrale.

All'inizio del Ventesimo secolo il modello centralista d'istruzione pre-unitario e, successivamente, quello dello Stato liberale, possono dirsi persino potenziati nelle loro costituenti di fondo, secondo una linea di continuità mai venuta meno. Le prime avvisaglie della lenta affermazione dello Stato

⁹ Sul punto A. Poggi, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, in *Ist. fed.*, n. 2/3, 2004.

¹⁰ In relazione alle complesse vicende dell'unificazione amministrativa che hanno riguardato non solo l'istruzione, A. Sandulli, G. Vesperini, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 47 ss.

¹¹ A. Pajno, G. Chiosso, G. Bertagna, *L'autonomia delle scuole*, Brescia, 1997, 38.

¹² M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, 212.

¹³ Sul punto M. Gigante, *L'istruzione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹⁴ R.d.l. n. 786/1933.

pluriclasse¹⁵, seppur nel contesto immaturo di fine Ottocento, la fissazione per legge dell'obbligo scolastico a dodici anni nel 1904¹⁶, la conseguente crescente domanda di istruzione da parte dei cittadini, il necessario stanziamento di maggiori fondi nel bilancio dello Stato sia per pagare gli insegnanti, sia per l'assolvimento dei nuovi compiti del Ministero, confermano la natura delle istituzioni scolastiche quali organi periferici dello Stato¹⁷. L'istruzione è sì *pubblica* ma eminentemente *statale*.

A livello dell'amministrazione dello Stato, una prima fase di forte rafforzamento del centro ministeriale copre il periodo compreso tra il 1881, anno di approvazione della c.d. legge Baccelli, e il 1919¹⁸. La gestione del personale e dei trasferimenti viene accentrata. Il ministero dismette la sua veste organizzativa fondata sul modello degli ispettorati, seppur in parte mantenuti, e abbraccia quella della direzione generale che incorpora funzioni omogenee¹⁹. Nel periodo fascista, per quanto il modello centralista fosse stato confermato e si fossero registrati sia l'aumento delle direzioni generali ministeriali (1923), sia l'istituzione di controlli *ad hoc* sui provveditorati agli studi (1935), la classe politica del tempo promosse l'istituzione di enti serventi²⁰ e l'attribuzione di crescente autonomia agli istituti professionali (1931), pur tuttavia considerati quali organi ancillari rispetto a quelli del sistema d'istruzione della borghesia²¹.

Quella linea di continuità tra periodo pre e post-unitario a cui si faceva cenno, e rispetto alla quale il periodo del Ventennio mostra qualche timida concessione nel segno dell'entificazione e di una flebile autonomizzazione, si può riscontrare anche nel primo periodo repubblicano. Non mancarono in Assemblea costituente, durante i lavori della I sottocommissione,

¹⁵ Nel senso richiamato da M.S. Giannini, *Stato sociale: una nozione utile*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 154 ss. È a partire dagli anni Settanta del Ventesimo secolo che, lentamente, la scienza giuridica riconosce l'omogeneità sociale del Paese e la necessità di adeguare a questa le istituzioni. Si veda, in particolare, L. Elia, *La Costituzione materiale di uno Stato pluriclasse*, in *Parlamento*, n. 10/11, 1979, 7 ss.

¹⁶ F. Virgili, *Istruzione pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. VIII, Milano, 1908, 589 ss.

¹⁷ Sul punto, G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 329; nonché S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit., 1 ss.

¹⁸ S. Cassese, "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, in *Foro it.*, 1990, 149.

¹⁹ Ancora M. Gigante, *L'amministrazione della scuola*, cit.

²⁰ Si tratta degli enti educativi quali, ad esempio, l'ente per l'educazione marinara, l'ente nazionale per l'addestramento dei lavoratori del commercio, l'ente nazionale per l'insegnamento medio, tutti istituiti tra il 1936 e la fine della guerra. In argomento, S. Cassese, "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, cit., 153.

²¹ S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010, in part. 34-38.

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

polemiche sul ruolo dello Stato nell'istruzione. Alla fine, tuttavia, i caratteri dello Stato educatore non vennero meno e, anzi, il loro consolidamento fu vieppiù marcato.

Concetto Marchesi, relatore sui "principi costituzionali riguardanti la cultura e la scuola", poneva l'accento sulle due diverse anime del dibattito. Da un lato, quella cattolica, che vedeva nello Stato un semplice *ausiliario* nel campo della scuola e dell'istruzione in generale e, dall'altro, quella d'ispirazione comunista, che intendeva l'apertura alle autonomie generalmente intese come l'inizio del "municipalismo", del "regionalismo" e del "confessionalismo". La scuola, nelle parole di Marchesi, memore del fatto che le istituzioni sociali preesistenti allo Stato unitario si erano sovente opposte all'estensione all'intero territorio nazionale della legislazione scolastica cavouriana²², doveva dunque "appartenere allo Stato". Dall'abbrancamento che aveva contraddistinto il dibattito pubblico degli anni pre-unitari si passa ad un conclamato rapporto organicistico²³, fondato sull'identificazione delle scuole nello Stato (e forse anche nell'idea di Stato sottesa che parte della Costituente propugnava) e viceversa.

È evidente che la preoccupazione principale di Marchesi non fosse tanto, o non esclusivamente, l'autonomia delle scuole, tema su cui non si era riflettuto a sufficienza²⁴, bensì il grado di possibile apertura all'istituzione di scuole autonome *non statali*, le quali più facilmente delle altre potevano essere attratte da modelli culturali non laici o "laicisti". La Costituzione, anche sulla base del suo carattere compromissorio, non ha però rovesciato la relazione organizzativa pre-unitaria che aveva caratterizzato i rapporti tra Stato e istituzioni scolastiche. Queste sono rimaste amministrazioni periferiche. L'apparato ministeriale, nella legislazione amministrativa del tempo, era pacificamente inteso come unico o prevalente centro di indirizzo²⁵. Ma, almeno sul piano dei principi e delle garanzie, la Costituzione non ha dimenticato di declamare la libertà d'insegnamento, il diritto per i privati di istituire scuole, il diritto allo studio per i capaci e i meritevoli²⁶, nonché la tutela delle formazioni sociali, uno dei cardini della futura riflessione sul-

²² Si veda G.M. Iaccarino, *L'istruzione*, in Aa.Vv., *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, L'istruzione e il culto*, vol. I, *L'istruzione*, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 13 ss.

²³ M. Gigante, *L'amministrazione della scuola*, cit.

²⁴ S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit., 1 ss.

²⁵ A. Poggi, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, cit., 129.

²⁶ Si vedano in proposito A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 68; nonché F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, Giappichelli, 2008, 291 ss.

l'autonomia funzionale delle scuole. Poco o nulla, tuttavia, fu stabilito sul rapporto tra organizzazione ed esercizio delle funzioni nel campo dell'istruzione.

1.2. *La lenta affermazione del modello autonomistico*

Con l'accidentata attuazione del disegno regionalistico nel periodo repubblicano, rimasta sostanzialmente incompiuta tra gli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Settanta del Novecento, si è riproposto con forza il tema dell'eventuale decentramento-trasferimento delle funzioni amministrative inerenti l'istruzione, sebbene proprio tale tema fosse stato spesso teatro periferico di polemiche politiche di tutt'altra natura, come quelle sul ruolo delle autonomie politico-istituzionali rispetto allo Stato centrale o sul reclutamento del personale²⁷.

In materia di assistenza scolastica, le funzioni economiche e gestionali sono trasferite alle regioni all'inizio degli anni Settanta²⁸. In materia di istruzione professionale e artigianale, diversamente, il coevo trasferimento, sebbene avviato, non è stato completato²⁹.

Esaurita la prima fase del regionalismo e del trasferimento di cui si è detto, il decennio degli anni Novanta è unanimemente percepito quale spartiacque nella parabola dell'autonomia scolastica³⁰. Le istituzioni europee hanno visto nel progressivo movimento verso l'affermazione di modelli autonomistici nel campo dell'istruzione, realizzato proprio in quegli anni, il tentativo di rinnovare una tradizione di segno diametralmente opposto. Peraltro, tale tradizione è apparsa a quelle stesse istituzioni come generalizzata nel continente³¹, fatta eccezione solo per pochissimi Stati (in particolare

²⁷ In particolare, in argomento, A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., *passim*; nonché P. Ferratini, *La riforma della scuola e una battaglia politica permanente*, in *il Mulino*, 2007, 844 ss.

²⁸ D.p.r. n. 3 del 1972.

²⁹ D.p.r. n. 10 del 1972, in larga parte inattuato.

³⁰ Diffusamente, F. Cortese (a cura di), *Tra amministrazione e scuola: snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014. Si veda anche G.C. De Martin, *La parabola dell'autonomia scolastica*, in M. Bombardelli, M. Cosulich (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie, autonomie*, Padova, 2005, 96 ss.

³¹ In un rapporto della Commissione europea del 2007 (*L'autonomia scolastica in Europa. Politiche e modalità di attuazione*) si legge che «In Europa, ad eccezione di alcuni paesi, l'autonomia scolastica non è una tradizione di così lunga data, sia si tratti di paesi storicamente centralizzati sia di paesi federali. Alcuni paesi pionieri hanno introdotto, negli anni Ottanta, delle riforme scolastiche in tal senso, che hanno tuttavia sviluppato il più delle volte una autonomia limitata. [...] Di fatto, in Europa, nonostante la presenza di organizzazioni scolastiche sto-

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

Belgio e Olanda, Paesi a composizione nazionale e linguistica mista che avevano già da tempo adottato un modello di piena autonomia funzionale e organizzativa delle istituzioni scolastiche per rispondere, tra le altre, alle sfide dell'integrazione).

Tra il 1993, con l'approvazione della legge delega n. 537, e il 1997, con l'approvazione della legge n. 59, si provvede ad introdurre nell'ordinamento italiano i criteri per il riconoscimento della personalità giuridica delle istituzioni scolastiche, personalità che sino ad allora non era stata distinta da quella dello Stato, se non con rare eccezioni³², tanto che le scuole erano sempre state parte dell'ente Stato o degli enti territoriali³³.

A partire dai principi di libertà di insegnamento e pluralismo sono state declinate le autonomie organizzativa e didattica. Si è tentato di declinare un innovativo modello di autonomia finanziaria, contabile e negoziale³⁴. Da un lato, l'organizzazione e l'erogazione dei servizi didattici è stata in parte rimessa alla discrezionalità del capo d'istituto, salvi gli obiettivi e gli standard fissati a livello statale³⁵. Dall'altro, l'assegnazione finanziaria ordinaria è stata prefissata sulla base di parametri preordinati e finalizzata, anche, ad attività di formazione e all'orientamento³⁶, diverse da scuola a scuola.

ricamente molto differenti – federali come in Germania o centralizzate come in Spagna, Francia o Italia –, solo due paesi presentano una tradizione di autonomia scolastica particolarmente sviluppata, attuata, in entrambi i casi, in seguito a «guerre scolastiche» tra le reti pubblica e privata» e che «l'autonomia scolastica non fa parte della tradizione europea».

³² V. *supra* par. 1.1.

³³ S. Cassese, "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, cit., e Id., *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit.

³⁴ Peraltro di complessa e non piena attuazione. Sul punto, M. Renna, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Ist. fed.*, n. 2, 2005, e Id., *La natura e le difficoltà dell'autonomia scolastica*, in M. Bombardelli, M. Cosulich (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, cit., 19 ss.

³⁵ F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit. Sul punto, afferma S. Cassese (*La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit.) che «I pubblici poteri, invece di assumere la gestione diretta dei servizi pubblici possono più efficacemente adottare norme per la loro gestione. In altre parole, i pubblici poteri possono entrare in un rapporto triangolare con gli istituti scolastici e con gli utenti del servizio scolastico, senza organizzare essi stessi la scuola. Il modello dello Stato-regolatore, in luogo dello Stato-gestore, in molti settori e in molti paesi, viene ritenuto più efficace, perché evita il "sovraccarico di governo" ed assicura maggiore efficacia al servizio che deve essere garantito. Sono gli istituti scolastici stessi ad essere responsabili della scuola. Dunque, la scuola non è più un servizio statale, ma un servizio collettivo pubblico o nazionale, appartenente al genere delle strutture «a rete». Di conseguenza, lo Stato, in quanto tale, è sempre meno gestore. E dovrebbe essere sempre più ente che determina standards».

³⁶ F. Cortese (a cura di), *Tra amministrazione e scuola: snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, cit.

Più in dettaglio, il regolamento sull'autonomia scolastica del 1999³⁷, riprendendo quanto disposto nel 1998 in relazione agli istituti professionali³⁸, dispone che le istituzioni scolastiche sono espressione di autonomia funzionale e provvedono alla definizione e alla realizzazione dell'offerta formativa. Esse adeguano i propri interventi formativi ai differenti contesti esistenti nel territorio di riferimento, in coerenza con gli obiettivi generali del sistema di istruzione³⁹. Il doppio binario creato dal regolamento (definizione di obiettivi da parte del ministero, attuazione degli interventi didattico-formativi in regime di sussidiarietà verticale e orizzontale) è stato riflesso nella riforma costituzionale del 2001 e nell'identificazione dell'istruzione statale quale materia di potestà legislativa concorrente⁴⁰.

Se è vero che, come accennato, negli anni Novanta è stata avviata una complessa transizione che inizia a recidere progressivamente il cordone ombelicale tra istituzioni scolastiche e ministero, è anche vero che l'autonomia funzionale di cui si discute non comprende l'autodeterminazione, da parte delle scuole, né delle proprie risorse umane, né del vertice amministrativo. È stato osservato che senza autonomia nella "provvista e gestione del personale" non vi può essere compiuta autonomia⁴¹. Il modello italiano appare infatti un ibrido: né totalmente autonomista, né completamente "statalista"⁴². È negata, altresì, la piena autonomia di stampo statutario⁴³.

Dalla mancanza di una scelta inequivoca su tali aspetti derivano molte delle polemiche "ideologiche" degli ultimi anni relative, in particolare, alla selezione degli insegnanti⁴⁴ e ai contenuti della didattica. D'altra parte, se il modello autonomistico delle scuole è normalmente ricondotto a quello "funzionale", da un lato l'ordinamento ha approntato strumenti affidati alle

³⁷ Si tratta, come noto, del d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275, emanato in attuazione dell'art. 21, c. 1-2, l. n. 59/1997.

³⁸ Art. 1, c. 1, d.P.R. n. 275/1999, che ricalca in parte quanto disposto dall'art. 144, c. 4, d.lgs. n. 112/1998.

³⁹ I quali non possono che essere definiti dal centro a pena di disomogeneità nell'erogazione di un servizio pubblico essenziale "a rete". Sul punto, ancora Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit.

⁴⁰ A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit.; M. Renna, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, cit.; A. Poggi, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, cit.

⁴¹ S. Cassese, *"Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole*, cit.

⁴² A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit.

⁴³ In argomento F. Saitta, *L'autonomia statutaria delle scuole: quale prospettiva?*, in *Ist. fed.*, n. 4, 2004.

⁴⁴ Visti sovente come funzionari pubblici o operatori sociali. In tema, L. Saltari, *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 445 ss.

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

scuole per curare gli interessi e rispondere alle domande della propria comunità di riferimento⁴⁵ ma, dall'altro, ha via via depotenziato quelli per l'autoamministrazione.

Diversamente, come accade sovente, alcuni Paesi europei hanno compiuto una scelta chiara, optando per la piena autonomia, oltre che sul fronte dell'autogoverno e della responsabilità conseguente, anche sul versante del reclutamento. Si pensi, ad esempio, al Regno Unito: l'*Education Act* del 2002 ha conferito agli istituti scolastici ampia autonomia in relazione al reclutamento del personale. È assunta dal dirigente scolastico la responsabilità relativa all'assunzione e all'avvio dei procedimenti di licenziamento dei docenti. Persino in Francia, ove è il Ministero dell'educazione nazionale ad assumere la responsabilità di reclutamento, formazione e gestione del personale scolastico, è riconosciuto ai capi d'istituto un ruolo nel processo di avanzamento di carriera dagli insegnanti (prevista in quell'ordinamento e sconosciuta al nostro), i quali sono eventualmente premiati sulla base di un modello di valutazione decentrato⁴⁶.

È poi sul lato dell'autonomia finanziaria che, in ordinamenti diversi dal nostro (e forse non perfettamente comparabili) si gioca spesso la "chiusura" del cantiere dell'autonomia scolastica⁴⁷. In Italia, dal 2007⁴⁸, è prevista l'assegnazione diretta alle istituzioni scolastiche delle risorse dovute alle competenze del personale, eccezion fatta per gli stipendi, e al loro funzionamento. Si è quindi cercata una "terza via" tra assegnazione della provvista finanziaria *ex alto* e completa autonomia anche nella gestione e nella remunerazione del personale. Ancora una volta, però, si è scelto un ibrido. E ciò anche perché è difficile, per la classe politica, svuotare un ministero, che è il principale datore di lavoro pubblico italiano, di una delle sue più importanti funzioni. Le ristrettezze della finanza pubblica e il complesso (e impopolare) incardinamento di un sistema di controlli, valutazione e sanzioni fanno il resto.

Il grado e la misura dell'autonomia non dovrebbero considerarsi, tuttavia, un valore in sé (è l'autonomia, semmai, a doversi considerare l'espres-

⁴⁵ Sul punto, U. Pototschnig, *Un nuovo rapporto fra amministrazione e scuola*, in *Riv. giur. scuola*, 1975, 253 ss. Proprio l'art. 21, l n. 59/1997, peraltro, aveva già riconosciuto nuove e più forti prerogative al capo d'istituto, ai docenti e agli organi collegiali nel governo dell'istituzione scolastica.

⁴⁶ L. Saltari, *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, cit..

⁴⁷ È ancora in corso la riflessione sullo stato di avanzamento dei lavori: per alcuni il cantiere è aperto (G.C. De Martin, *La parabola dell'autonomia scolastica*, cit.), per altri è abbandonato (A. Pajno, *L'autonomia delle istituzioni scolastiche: un cantiere abbandonato*, in Aa.Vv., *Osservatorio sulla scuola dell'autonomia. Rapporto sulla scuola dell'autonomia 2003*, Roma).

⁴⁸ Art. 1, c. 601, della legge finanziaria per il 2007.

sione di un generale principio di autodeterminazione, costituzionalmente tutelato). Essi rappresentano mezzi e sono strumentali. È ben possibile che, come è stato osservato⁴⁹, l'introduzione dell'autonomia scolastica degli anni Novanta abbia risposto, in gran parte, ad esigenze di buon andamento amministrativo e decongestione delle funzioni esercitate dal centro e, in misura decisamente minore, ad esigenze più profondamente culturali. È però evidente che la pluralità (delle singole istituzioni scolastiche) nell'unità (è lo stesso legislatore a ribadire il carattere unitario del sistema nazionale d'istruzione⁵⁰) incida profondamente sulle modalità di insegnamento, consentendo ad ogni scuola, anzi imponendo, di calibrare gli interventi formativi in modo differenziato per rispondere alla domanda d'istruzione che proviene dal territorio⁵¹.

1.3. Il prisma dell'autonomia

Nei sistemi di istruzione pubblica occidentali è probabile che non esistano istituzioni scolastiche completamente autonome⁵². Questo dato di fatto induce a ritenere che l'autonomia possa essere declinata in modo differenziato, pur rimanendo, nel settore dell'istruzione, un valore a cui tendere. Il regolamento del 1999 reca tre facce principali dell'autonomia scolastica, costruite intorno alla equiordinazione di tutte le istituzioni scolastiche a prescindere dalla loro natura statale o privata-paritaria⁵³ e al concetto di "funzionalità" in virtù della sottrazione agli enti pubblici territoriali di determinate competenze⁵⁴, in raccordo con il proprio bacino di utenza (l'adattamento alla domanda cui si è appena fatto riferimento). Il tentativo di controbilanciare la "concessione" della personalità giuridica con la previsione puntuale del dimensionamento delle scuole da parte dello Stato si è scontrato, anni dopo, con la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha rilevato come quest'ultimo appartenga alle re-

⁴⁹ M. Renna, *La natura e le difficoltà dell'autonomia scolastica*, cit.; F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit.

⁵⁰ Art. 8, c. 3., d.P.R. n. 275/1999 e poi l. 10 marzo 2000, n. 62, che introduce la locuzione "sistema nazionale d'istruzione".

⁵¹ Sul punto, C. Marzuoli, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in Id. (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2003, *passim*.

⁵² Così P. Matthews, *L'autonomia scolastica in Inghilterra*, in Aa.Vv., *L'autonomia organizzativa e finanziaria della scuola*, Fondazione per la scuola della Compagnia di San Paolo – Fondazione TreElle, 2005.

⁵³ A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit.

⁵⁴ Ancora A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit.

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

gioni⁵⁵, enti più vicini alla domanda d'istruzione e alle comunità territoriali.

La prima faccia del prisma autonomistico è quella didattica e di programmazione del servizio. Questa si sviluppa attorno al c.d. Piano dell'offerta formativa. Si tratta dello spazio più ampio riconosciuto dall'ordinamento alle singole istituzioni scolastiche, salvi gli obiettivi generali del sistema nazionale d'istruzione definiti a livello ministeriale. Peraltro, questa faccia del prisma presenta un rapporto stretto con quella finanziaria, rispetto alla quale si è mal coordinata sin dai primi anni della sua introduzione⁵⁶. Spetta ad ogni scuola la definizione del monte ore riservato alle varie discipline, l'articolazione di percorsi didattici individualizzati, la programmazione dei metodi d'insegnamento, la realizzazione del recupero e così via. A questa faccia del prisma si aggiunge la declinazione dell'autonomia "di ricerca" introdotta nel 1999, ossia la possibilità per ogni scuola di introdurre le sperimentazioni, di organizzare l'aggiornamento professionale dei docenti, di cogliere l'opportunità di fare attività di ricerca sui metodi valutativi degli studenti.

La seconda faccia del prisma è quella di interazione con il contesto sociale e territoriale⁵⁷. È anch'essa, quale espressione del principio di differenziazione, sufficientemente ampia, seppur sovente non sfruttata appieno a causa di un cattivo funzionamento della possibilità di allocare risorse per le inerenti funzioni. Sul fronte "funzionale", le scuole gestiscono i rapporti con genitori e studenti e possono mettersi "in rete" con le altre, favorendo lo scambio delle risorse umane e l'organizzazione di attività comuni⁵⁸.

La terza faccia è quella finanziaria, debole perché riflesso di una scelta di fondo del legislatore, quella dell'eteronomia organizzativa e dei persistenti legami strutturali delle scuole con gli Uffici scolastici regionali⁵⁹. Basti pensare, a questo proposito, che la spesa complessiva del sistema nazionale d'istruzione per il personale si attesta al 95% del totale: essendo allo stato at-

⁵⁵ Sent. 7 giugno 2012, n. 147.

⁵⁶ Afferma la Corte dei conti nella sua *Indagine sulla riorganizzazione dell'Amministrazione scolastica con particolare riguardo alle strutture decentrate* del 2004 che «va comunque sottolineata la mancanza di un coordinamento tra un'efficace programmazione pluriennale, che del resto costituisce un elemento fondamentale della struttura dei Piani dell'offerta formativa, a carattere appunto pluriennale, e la gestione del bilancio delle scuole su base annuale».

⁵⁷ Più diffusamente, A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit.; nonché F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit.

⁵⁸ Il modello organizzativo derivante sarebbe policentrico e orizzontale. Così M. Cocconi, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5, 2015.

⁵⁹ M. Renna, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, cit.

tuale sostanzialmente fissa, lo spazio di autonomia residuale è ovviamente minimo. Dal 2000, lo Stato eroga alle istituzioni scolastiche una dotazione finanziaria essenziale. Dal 2007 questa è allocata su due specifici fondi, quello per le competenze del personale e quello per il funzionamento. Tale dotazione è bipartita: da un lato vi è l'assegnazione ordinaria uniforme stabilita sulla base di criteri quantitativi prefissati, dall'altro vi è un'assegnazione perequativa. Prima ancora, nel 2001⁶⁰, sono stati disciplinati l'autonomia contabile delle istituzioni scolastiche secondo i classici principi di bilancio, nonché la capacità negoziale e di gestione patrimoniale, la cui cura è affidata al dirigente scolastico. Tale forma di autonomia è diretta espressione della capacità giuridica riconosciuta alle singole istituzioni scolastiche.

Da questa breve ricostruzione si comprende agevolmente quanto il sistema italiano sia distante da altri, ad esempio da quelli di *common law*, e quanto il prisma dell'autonomia sia stato realizzato *in potenza* e molto meno *in atto*.

Sul versante nazionale, ad esempio, lo svuotamento di funzioni degli ex Provveditorati agli studi non è avvenuto, sebbene la Corte costituzionale abbia affermato che organizzazione e dimensionamento delle istituzioni scolastiche spettano alle regioni⁶¹, così come l'assegnazione e la mobilità del personale docente⁶².

Sul versante dei principali ordinamenti stranieri, il binomio autonomia finanziaria-responsabilità è quasi consustanziale al sistema educativo e alle sue singole componenti. Si pensi al sistema di "delega totale"⁶³ di cui all'*Education Reform Act*, adottato nel Regno Unito nel 1988. Tutte le istituzioni scolastiche sono autonomi centri di costo. Esse posso scegliere, con sistema di voto, se affrancarsi dagli enti locali. Possono costituirsi in forma di fondazione. La dirigenza è responsabile del buon uso della risorse finanziarie, conferite nel quadro del *Local Management of Schools* gestito dagli enti territoriali⁶⁴. Dal 1992 è stato istituito un sistema ispettivo centrale affidato all'*Office for Standards in Education*, la rendicontazione di ogni istituto è resa pubblica (compresa quella relativa al rendimento complessivo degli studenti, anche attraverso tavole comparate di raffronto), ogni istituzione scolastica gestisce la spesa corrente per materiali didattici e riparazioni degli

⁶⁰ D.m. 1 febbraio 2001, n. 44.

⁶¹ Sent. n. 13 del 2004.

⁶² Sent. n. 200 del 2009. In argomento, A. Sandulli, *Sussidiarietà e autonomia scolastica nella lettura della Corte costituzionale*, in *Ist. fed.*, 2004, 543 ss.

⁶³ P. Matthews, *L'autonomia scolastica in Inghilterra*, cit.

⁶⁴ Si veda, *amplius*, R. Dixon, *Local management of schools*, in *Public Money and Management*, 1991, 47-52.

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

edifici e può porre in essere attività di *outsourcing* per la gestione degli stipendi.

Ciò che si può ricavare dal modello anglosassone non è tanto la ricerca di regole da trapiantare nel nostro ordinamento. Diversamente, il raffronto con quel modello offre una panoramica su ciò che è astrattamente possibile fare e su ciò che è stato realizzato qualche decennio prima dell'introduzione del modello autonomista nella scuola italiana. Gli obiettivi verso cui far evolvere il modello italiano vanno certamente parametrati al contesto di riferimento e alla necessità di adottare scelte di maggiori consistenza e profondità che riguardano non solo il sistema d'istruzione ma anche quello amministrativo. Quanto peso si voglia attribuire, nel rapporto tra funzioni e organizzazione, alle prime o alla seconda⁶⁵, è questione che tocca la misura dell'autonomia scolastica⁶⁶ in tutti gli ordinamenti. Questa può essere più o meno marcata in base a scelte che, come detto, sono di sistema.

2. Autonomia e rappresentanza

2.1. L'affermazione e il declino della rappresentanza organica

Accanto al percorso dell'autonomia in senso stretto se ne è sviluppato un altro, quello della rappresentanza, in larga parte parallelo al primo. La rappresentanza, sin dalle sue prime espressioni nel campo dell'istruzione, è stata intesa quale camera di compensazione del centralismo⁶⁷. Se, da un lato, dimensioni e funzioni del Ministero erano progressivamente aumentate, compresi i compiti di gestione del personale⁶⁸, le componenti rappresentative di tutti gli ordini e di tutti i gradi d'istruzione, nonché dell'amministrazione stessa, avrebbero potuto veicolare le proprie istanze e concorrere ad orientare gli indirizzi ministeriali, anche nella forma dell'espressione di pareri obbligatori su talune questioni di particolare rilevanza. A riprova del parallelismo cui si è fatto cenno, l'espressione dei pareri è puntualmente cresciuta, quanto agli ambiti di applicazione, parallelamente alla prima ondata regionalista degli anni Settanta del secolo scorso e si è man mano rafforzata negli anni Novanta.

Il disegno originario del rapporto tra autonomia e rappresentanza, tut-

⁶⁵ Questione sollevata da M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1959, 11 ss.

⁶⁶ Ne discute M. Renna, *La natura e le difficoltà dell'autonomia scolastica*, cit.

⁶⁷ Sul punto, più ampiamente, M. Gigante, *L'amministrazione della scuola*, cit.

⁶⁸ S. Cassese, "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, cit.

tavia, ha scontato due fattori di debolezza, tanto che proprio negli anni Novanta alla crescita della prima è corrisposta la crisi, forse irreversibile, della seconda. In primo luogo, l'evoluzione del sistema amministrativo italiano, sempre più incline alla rappresentanza procedimentale in luogo di quella organica⁶⁹. In secondo luogo, la progressiva sfiducia, anche e soprattutto del legislatore, nei confronti degli organi consultivi ministeriali, spesso tacciati di sindacalismo. È proprio il legislatore, peraltro, ad aver mancato quasi tutte le occasioni per una loro riforma e per un loro adattamento al mutato contesto autonomistico, sino a determinarne il declino.

È la disamina storica a consegnarci il segno del percorso parallelo tra autonomia e rappresentanza. Nel novembre 1847, fu istituito nel Regno di Sardegna, accanto alla Regia segreteria di Stato per l'istruzione pubblica, un Consiglio superiore della pubblica istruzione con funzioni consultive, i cui membri furono nominati il mese successivo e le cui funzioni sarebbero state definite nel 1859 dalla c.d. legge Casati. Nel 1881, poi, fu perfezionato il sistema di elezione dei componenti di una parte del Consiglio, ferme le sue funzioni consultive. Dal 1909 al 1935 numerosi provvedimenti legislativi ne modificarono la struttura: fu istituita, ad esempio, una sezione specifica per la scuola media e fu costituita una giunta per l'istruzione primaria e popolare.

Il primo riordino organico dei corpi consultivi del Ministero della pubblica istruzione, ivi compreso il Consiglio superiore, è avvenuto nel 1947⁷⁰, verosimilmente per svestirli dell'abito del Ventennio. Il riordino degli organi collegiali della scuola, invece, è stato completato solo molti anni più tardi, nel 1974⁷¹, in concomitanza con la prima devoluzione re-

⁶⁹ Per una più ampia disamina, S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 1983; nonché L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 2009.

⁷⁰ L. 30 dicembre 1947, n. 1477.

⁷¹ D.p.r. 31 maggio 1974, n. 416. Il Consiglio nazionale della pubblica istruzione era formato da settantaquattro componenti, alcuni eletti ed altri designati dal Ministro dell'istruzione: quarantasette rappresentanti del personale docente di ruolo e non delle scuole statali, eletti dal personale in servizio (quattro della scuola materna, quattordici della scuola elementare, quattordici della scuola media, undici delle scuole superiori, tre delle scuole artistiche, uno dalle scuole italiane all'estero); tre rappresentanti delle paritarie, designati dal Ministro; tre rappresentanti degli ispettori tecnici, eletti dal corrispondente personale di ruolo; tre rappresentanti dei presidi eletti dal corrispondente personale di ruolo (uno di scuola media, uno di scuole superiori, uno di scuole artistiche); due rappresentanti dei direttori didattici eletti dal corrispondente personale di ruolo; un rappresentante dei dirigenti delle parificate, designato dal Ministro; tre rappresentanti del personale non insegnante di ruolo; cinque rappresentanti del mondo dell'economia e del lavoro, designati dal Cnel; due rappresentanti dell'amministrazione centrale e periferica (uno della carriera direttiva), eletti

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

gionalista⁷². Nello stesso anno è stato istituito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione in sostituzione delle sezioni II e III del Consiglio superiore della pubblica istruzione, delle sezioni IV e V del Consiglio superiore delle antichità e delle belle arti e, per le materie scolastiche, del Consiglio di disciplina.

Il Consiglio riformato nel 1974 formulava annualmente una valutazione analitica dell'andamento generale dell'attività scolastica, avanzava proposte in ordine alla sperimentazione e all'innovazione didattica sul piano nazionale e locale, esprimeva pareri obbligatori (sui ritardi di "promozione" degli insegnanti, sulla decadenza e sulla dispensa dal servizio, sulla riammissione), esprimeva altresì un parere vincolante sui trasferimenti d'ufficio del personale appartenente a ruoli nazionali per accertata situazione di incompatibilità relativa alla permanenza nella scuola o nella sede. L'attività del Consiglio era, dunque, prevalentemente rivolta alla gestione del personale: come è stato osservato⁷³, il Ministero è nato per guidare l'amministrazione pubblica dell'istruzione, ivi compreso il complesso mondo degli indirizzi didattici, e si è trovato impegnato, anche nel dialogo con i corpi rappresentativi e consultivi, quasi esclusivamente in questioni attinenti il personale, "solo uno dei mezzi dell'istruzione". A ciò si aggiunga che tale dialettica si è sviluppata in un contesto in cui il reclutamento ha assunto sovente, durante il XX secolo, una veste sostanzialmente assistenziale⁷⁴.

Il secondo riordino degli organi della rappresentanza avviene nel 1994, pochi anni prima dell'introduzione del modello autonomista delle istituzioni scolastiche⁷⁵. Con il testo unico in materia di istruzione⁷⁶, la disciplina del Consiglio nazionale della pubblica istruzione è stata parzialmente modificata e integrata sebbene la disciplina del 1974 fosse, per la gran parte, rifluita *telle quelle* all'interno dello stesso testo unico. La disciplina del 1994 è, peraltro per effetto dalla mancata attuazione della riforma del 1999, ancora in vigore.

dal personale in servizio; due rappresentanti della I sezione del Consiglio superiore della pubblica istruzione; tre rappresentanti delle scuole statali di lingua diversa dall'italiano (disposizione successivamente abrogata dalla l. 14 agosto 1982, n. 582).

⁷² Sull'impatto di questa sul complesso delle funzioni amministrative, *ex multis*, S. Cassese, *Centro e periferia in Italia. I grandi tornanti della loro storia*, in *Reg.*, 1986, 594 ss.; nonché M. Cammelli, *Amministrazione periferica o amministrazione territoriale dello Stato*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 765 ss.

⁷³ S. Cassese, "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, cit.

⁷⁴ M. Barbagli, *Disoccupazione intellettuale e sistema scolastico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1974.

⁷⁵ F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit.

⁷⁶ D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297.

Le principali novità rispetto alla disciplina degli anni Settanta riguardano la composizione e le competenze del Consiglio. I due componenti della I sezione del Consiglio superiore della pubblica istruzione diventano componenti del Consiglio universitario nazionale, sono previsti nuovamente i tre rappresentanti delle scuole di lingua tedesca, slovena e della Valle d'Aosta (assenti dal 1982 al 1994⁷⁷), è previsto un componente designato dalla provincia autonoma di Bolzano. Il novero dei pareri obbligatori aumenta e maggiore attenzione è data alle questioni più strettamente didattiche: oltre ai pareri su concorsi, valutazione dei titoli, ripartizione dei posti, supplenze, il Consiglio si esprime anche su ordinamento scolastico, calendari, piani e programmi di formazione del personale.

A fronte di un disegno autonomista che decolla lentamente, è consentito alle componenti periferiche dell'amministrazione scolastica che il ministero sia obbligato a prendere in esame le loro osservazioni su un numero crescente di questioni⁷⁸.

2.1. Il rapporto inverso tra rappresentanza organica e autonomia

Il terzo riordino degli organi rappresentativi è del 1997. La prima legge Bassanini⁷⁹ ha previsto una delega al Governo per riformare gli organi collegiali della scuola, sia locali che nazionali⁸⁰. La delega è stata esercitata nel 1999⁸¹. Il decreto delegato ha previsto l'istituzione di un Consiglio superiore della pubblica istruzione (il nome è lo stesso di quello istituito nel 1847, unico organo collegiale centrale). Lo stesso decreto, così come modificato nel 2001⁸², ha disposto l'abrogazione di tutte le norme contenute nel testo unico del 1994 relative a modalità di elezione, funzionamento e competenze del Consiglio nazionale della pubblica istruzione⁸³.

L'abrogazione sarebbe divenuta effettiva al momento della costituzione del nuovo Consiglio superiore. Il decreto del 1999 disciplina la sua composizione, le modalità di elezione dei componenti (meno della metà di quelli del Consiglio nazionale) e le sue competenze. Il Consiglio superiore avrebbe formulato proposte ed espresso pareri in merito agli indirizzi ministeriali in materia di definizione del personale della scuola; direttive del Ministro in

⁷⁷ V. *supra* nota 72.

⁷⁸ Si veda M. Gigante, *L'istruzione*, cit.

⁷⁹ L. 15 marzo 1997, n. 59.

⁸⁰ Art. 21, c. 15.

⁸¹ Con l'emanazione del d.lgs. n. 233.

⁸² D.l. 23 novembre 2001, n. 411, conv. in l. 31 dicembre 2001, n. 463.

⁸³ Art. 8, c. 2.

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

materia di valutazione del sistema di istruzione; obiettivi, indirizzi e standard nazionali del sistema di istruzione; quota dei curricula didattici definita a livello centrale; organizzazione generale dell'istruzione⁸⁴. Se da un lato, quindi, le competenze più strettamente legate al personale permangono, dall'altro, concessa nell'ordinamento italiano piena cittadinanza al modello autonomista delle istituzioni scolastiche, il centro di quelle competenze si sposta lentamente verso la didattica e l'insegnamento, compresa la valutazione.

È a questo punto, tuttavia, che si esprime con piena evidenza quella progressiva sfiducia del legislatore nei confronti della rappresentanza organica. Il decreto del '99 disciplina la *prorogatio* del "vecchio" Consiglio nazionale: sarebbe rimasto in carica sino alla costituzione del nuovo Consiglio superiore. Tale costituzione non è avvenuta. Man mano che i componenti del Consiglio nazionale cessavano dalle funzioni, si procedeva alla loro surrogata. Dati l'esaurimento delle liste dei surrogabili, la mancata indizione delle nuove elezioni con ordinanza ministeriale, la mancata costituzione del nuovo Consiglio superiore, nonché la granitica giurisprudenza costituzionale nettamente avversa alla *prorogatio sine die* nel frattempo intervenuta, non sarebbe stato possibile, senza un intervento legislativo *ad hoc*, impedire la cessazione dell'intero organo.

A questo scenario contraddistinto dal lento scivolamento verso la perdita di rappresentatività dell'organo si è aggiunta, per evitare la cessazione del Consiglio, una staffilata di proroghe a cui, nel 2012, il legislatore si poi è dimenticato di dar seguito. Il Consiglio nazionale, in funzione tra il 1999 e il 2009 in base alla disciplina del 1994, ne ha conosciute tre (fino al 31 dicembre 2010⁸⁵, fino al 31 dicembre 2011⁸⁶, fino al 31 dicembre 2012⁸⁷). Inoltre, dal 31 dicembre 2012 al 31 dicembre 2013, il Consiglio è rimasto inattivo. Dubbia la legittimità degli atti *medio tempore* emanati senza il prescritto parere obbligatorio.

⁸⁴ I componenti sono trentasei: quindici eletti dalla componente elettiva che rappresenta il personale delle scuole statali nei consigli scolastici locali; quindici nominati dal Ministro (di cui tre designati dalla Conferenza unificata e tre dal Cnel); tre sono eletti dalle scuole di lingua tedesca, slovena e dalle scuole valdostane; tre sono nominati dal Ministro in rappresentanza delle scuole paritarie. Le componenti non elettive sono predominanti, le competenze meno definite rispetto a quelle disciplinate dal testo unico del '94. Le incompatibilità rimangono immutate, salvo l'aggiunta di quella con la carica di parlamentare europeo. Il Ministro indice le elezioni con propria ordinanza e non presiede più il Consiglio, che elegge il presidente al proprio interno. I consigli di disciplina vengono tacitamente abrogati.

⁸⁵ Art. 7, c. 4-*quater*, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2010, n. 25.

⁸⁶ Artt. 1 e 2, d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, conv. in l. 26 febbraio 2011, n. 10 e d.p.c.m. 25 marzo 2011.

⁸⁷ Art. 14, d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, conv. in l. 24 febbraio 2012, n. 48.

La legge di stabilità per il 2013⁸⁸ non ha provveduto a prorogare l'organo: il 20 dicembre 2012, in occasione dell'ultima seduta del Consiglio, l'imminente congelamento delle attività è stato contestato dagli stessi rappresentanti rimasti in carica per effetto delle surroghe. Sono seguiti un contenzioso promosso da alcuni sindacati del comparto scuola davanti al giudice amministrativo contro l'inazione del Ministero, il quale non aveva provveduto a rinnovare l'organo nazionale chiamato in taluni casi, come si è visto, ad esprimere pareri obbligatori, sostenendo che la ricostituzione sarebbe avvenuta applicando una legge nel frattempo lesiva delle nuove competenze regionali *ex art. 117 della Costituzione*⁸⁹. Solo di recente un'ordinanza ministeriale, preso atto dell'esito sfavorevole del contenzioso amministrativo, ha previsto il rinnovo dei componenti del Consiglio mediante elezione. Le ipotesi di un suo riordino complessivo nel segno dell'adattamento al mutato contesto sembrano, ad oggi, questioni di secondo piano.

Se è vero che l'autonomia della scuola è difficilmente paragonabile alla "autoregolazione di un corpo professionale"⁹⁰, e quindi pare arduo assimilare il Consiglio ad un organo di autogoverno, è anche vero che la parabola del rapporto tra autonomia (delle singole istituzioni scolastiche) e rappresentanza ha cominciato ad affievolirsi quando le scuole si sono progressivamente affrancate dai legami funzionali con lo Stato. Il tema che si pone è relativo proprio al rapporto tra autonomia e rappresentanza: se aumenta la prima, la seconda è più o meno necessaria? Se è più necessaria, è ragionevole che la rappresentanza organica sia regolata da una disciplina così risalente nel tempo? Se è meno necessaria, le ordinarie forme di partecipazione procedimentale possono sostituirla in modo più efficace?

La risposta che il legislatore ha recentemente dato a queste domande con la c.d. legge sulla "Buona Scuola"⁹¹ sembra a favore di un progressivo superamento del modello organicista. E ciò in coerenza con una rinnovata riflessione sull'autonomia, almeno sotto il profilo di quella "decisionale" dei

⁸⁸ L. 24 dicembre 2012, n. 228.

⁸⁹ Tar Lazio, sez. III-bis, sent. 15 ottobre 2013, n. 8843, in cui si legge, tra l'altro, che "una legge statale emanata prima della riforma del Titolo V della Costituzione e recante disposizioni lesive delle nuove competenze regionali deve comunque continuare a trovare applicazione anche nel rinnovato quadro costituzionale, finché non vengano emanate disposizioni legislative conformi al nuovo riparto di competenze. A tale conclusione conduce il principio di continuità dell'ordinamento, più volte richiamato dalla giurisprudenza della Consulta proprio per dirimere questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione al riformulato art. 117 Cost."

⁹⁰ Così S. Cassese, "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, cit.

⁹¹ L. 13 luglio 2015, n. 107, recante "Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti".

dirigenti scolastici⁹², sebbene declinata in modo non eccessivamente innovativo rispetto a quanto già previsto nel Testo unico del pubblico impiego del 2001⁹³.

3. Quali autonomie per le istituzioni scolastiche?

Ampia letteratura scientifica ha cercato di individuare a quale forma di autonomia debba guardarsi nel campo dell'istruzione, sia in termini descrittivi, sia in termini prescrittivi⁹⁴. Dal riconoscimento dell'autonomia organizzativo-gestionale degli anni Novanta del secolo scorso, che risponde ad una più ampia esigenza avvertita dal sistema politico e amministrativo di decentramento dell'esercizio delle funzioni⁹⁵, anche in virtù del principio di sussidiarietà, si è passati a considerare l'autonomia funzionale che caratterizza le istituzioni scolastiche quali enti esponenziali di interessi diffusi e ad annoverare l'istruzione tra i servizi pubblici "a rete"⁹⁶.

Ciò è avvenuto perché, specialmente a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, si è man mano avvertita la consapevolezza che, da un lato, il grado di autonomia gestionale di un ente non è in contrasto con il suo carattere strumentale o servente lo Stato o un'altra amministrazione (pertanto, a maggiore autonomia gestionale non corrisponde necessariamente l'abbandono di quella sorta di "abbrancamento" pubblicistico di cui si era discusso nell'Ottocento) e che, dall'altro, la dimensione funzionale-sociale ricomincia la necessità di intercettare gli interessi di una comunità sempre più definita e di dare a questi una caratterizzazione esponenziale⁹⁷ nel segno dei principi costituzionali.

⁹² Per una più ampia disamina della questione si rinvia a M. Cocconi, *La sfida dell'autonomia scolastica*, cit., per ragioni di economia della trattazione.

⁹³ L'art. 25, d.lgs. n. 165/2001, infatti, assegna al dirigente scolastico poteri e prerogative relative alla gestione dell'istituzione scolastica e lo rende responsabile della gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali, nonché dei risultati.

⁹⁴ Tra i molti contributi dell'ultimo decennio, A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit.; M. Gigante, *L'istruzione*, cit.; F. Saitta, *L'autonomia statutaria delle scuole: quale prospettiva?*, cit.; M. Renna, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomisti multilivello*, Torino, 2006, 89 ss.

⁹⁵ M. Renna, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, cit.

⁹⁶ Per tutti, S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit.

⁹⁷ Ancora M. Renna, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, cit. Sulle autonomie funzionali, in generale e più diffusamente, G. Pastori, *Significato e portata della configurazione delle Camere di commercio come autonomie funzionali*, Roma, Unioncamere, 2000; S. Cas-

L'andamento parabolico dell'autonomia scolastica, sul cui grado di completa attuazione la grande maggioranza di quella letteratura scientifica dubita, è stato determinato dall'inattuazione di alcune facce del prisma autonomistico, prima fra tutte quella finanziaria⁹⁸. Sul versante del reclutamento degli insegnanti, invece, non pare ragionevole discutere di inattuazione, visto che la gestione del personale è stata da sempre innervata nel Ministero, che tale ruolo sia gelosamente custodito. Solo di recente, il legislatore ha affrontato il tema con esiti ancora tutti da verificare⁹⁹.

È anche vero, poi, che un certo centralismo "di ritorno" è stato determinato quasi meccanicamente dalla progressiva erosione delle competenze regionali¹⁰⁰, specialmente in campo finanziario.

È generalmente accettata l'idea per cui, se di vera autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche si tratta, il centro deve limitarsi a quanto necessario per indirizzare e le scuole hanno il diritto-dovere di organizzare ed erogare autonomamente il servizio. Occorre tuttavia interrogarsi sul significato, oggi, di tale forma di autonomia e dell'ideal-tipo che ne costituisce il presupposto logico. L'evidenza empirica, d'altronde, sembra suggerirne tutte le virtù. L'Ocse, ad esempio, ha identificato una relazione concausale tra autonomia scolastica (prevalentemente didattica) e risultati nell'apprendimento degli studenti¹⁰¹. Tanto basterebbe a confermare il carattere irrinun-

sese, *Le Camere di commercio e l'autonomia funzionale*, Roma, Unioncamere, 2000; A. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁹⁸ *Ex multis*, M. Renna, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, cit.; nonché M. Cocconi, *La riorganizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015.

⁹⁹ L'art. 1, c. 64, della c.d. legge sulla "Buona Scuola" istituisce l'organico funzionale dell'autonomia rispetto al quale è demandata al dirigente scolastico la programmazione e l'assegnazione dei posti a cattedra sulla base delle esigenze di copertura. La realizzazione del Piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente (di cui alle graduatorie ad esaurimento e alle graduatorie del concorso del 2012), anch'essa prevista dalla legge, è condizione necessaria per valutare concretamente, in un secondo tempo, l'efficacia delle nuove misure in tema di organico e il loro impatto sull'autonomia scolastica.

¹⁰⁰ Si pensi, tra le altre, alla sentenza n. 200/2009 della Corte costituzionale, la quale ha legittimato l'idea della *necessità* di un sistema nazionale di istruzione programmato nel più ampio quadro di norme generali (statali) relative all'istruzione.

¹⁰¹ Ocse, *School autonomy and accountability: Are they related to student performance?*, *Pisa in Focus*, n. 11, 2009, in cui si legge che «At the country level, the greater the number of schools that have the responsibility to define and elaborate their curricula and assessments, the better the performance of the entire school system, even after accounting for national income. School systems that grant schools greater discretion in deciding student-assessment policies, the courses offered, the content of those courses, and the textbooks used are also those systems that show higher reading scores overall».

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

ciabile della libertà d'insegnamento e di organizzazione della didattica declinate nel quadro di una compiuta autonomia su tali profili. Ma tale aspetto non pare oggi in discussione.

È sul versante finanziario e del reclutamento, invece, che si pone la nuova frontiera dell'autonomia scolastica. Un primo tentativo di parziale riforma è stato tentato con la c.d. legge sulla "Buona Scuola". Da un lato, infatti, è lasciato alle singole istituzioni scolastiche maggiore spazio nella definizione del fabbisogno di organico, pur con innumerevoli *caveat* relativi all'invarianza finanziaria delle scelte¹⁰². Dall'altro, è il vertice amministrativo della scuola che individua gli insegnanti da assegnare alle cattedre¹⁰³ nell'ambito del c.d. "organico funzionale" e propone gli incarichi ai docenti di ruolo assegnati all'ambito territoriale di riferimento per la copertura dei posti, coerentemente con il Piano triennale dell'offerta formativa.

Quale che sia il giudizio sulle scelte del legislatore, è bene tenere a mente che se il concetto di autonomia delle scuole va declinato solo ed esclusivamente in relazione alla didattica, l'ordinamento vigente, per quanto perfettibile, consente già oggi ampi margini di manovra. Se diversamente, si optasse per invertire l'andamento parabolico dell'autonomia, occorrerebbe scontrarsi con la perdurante crisi della finanza pubblica che rende difficile assicurare la necessaria stabilità della provvista finanziaria. Del resto, in questo quadro, è difficile immaginare ad una eventuale ennesima riforma dell'organizzazione ministeriale, peraltro avvenuta recentemente e costretta entro le maglie della riduzione dei costi e dell'organico¹⁰⁴.

Sono quindi concepibili forme di autonomia finanziaria incrementale, eventualmente riservate alle istituzioni scolastiche di più elevate dimensioni, fondate sul principio di adattabilità¹⁰⁵ del servizio erogato? Possono esistere,

¹⁰² In particolare, art. 1, c. 1, l. n. 107/2015, il quale dispone che: «Le istituzioni scolastiche, nei limiti delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, individuano il fabbisogno di posti dell'organico dell'autonomia, in relazione all'offerta formativa che intendono realizzare, nel rispetto del monte orario degli insegnamenti e tenuto conto della quota di autonomia dei curricoli e degli spazi di flessibilità, nonché in riferimento a iniziative di potenziamento dell'offerta formativa e delle attività progettuali, per il raggiungimento degli obiettivi formativi individuati come prioritari [...]».

¹⁰³ Art. 1, c. 18, l. n. 107/2015: «Il dirigente scolastico individua il personale da assegnare ai posti dell'organico dell'autonomia [...]».

¹⁰⁴ M. Cocconi, *La riorganizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, cit.. Sulla prevalenza, nella riorganizzazione dei ministeri, delle ragioni organizzative e del contenimento della spesa su quelle del migliore esercizio delle funzioni amministrative, F. Di Cristina, *La riorganizzazione del Ministero dello sviluppo economico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 5 ss.

¹⁰⁵ Richiama i tratti fondamentali di tale principio J.P. Markus, *Le principe d'adaptabi-*

in altri termini, *autonomie* a geometria variabile, affidate proporzionalmente alle caratteristiche della domanda di istruzione, così tanto differenziata sul territorio nazionale così come differenziati sono i bisogni educativi e le realtà socio-economiche di riferimento?

Maggiore è l'autonomia attribuibile alle singole scuole, maggiore è la necessità che, altrettanto autonomamente, si differenzino. L'ordinamento, peraltro, avrebbe in sé i necessari presidi di unità del sistema. L'adeguatezza e la differenziazione sono criteri di orientamento del principio di sussidiarietà. La valutazione della gestione e dei risultati, didattici ed economico-gestionali¹⁰⁶, è, in un sistema nazionale necessariamente unitario, un corollario necessario da perfezionare¹⁰⁷. A presidio dell'autonomia è posto il principio di responsabilità, nella forma della rendicontazione dell'attività sia di fronte all'opinione pubblica, sia di fronte agli organi di controllo¹⁰⁸.

La differenziazione, in concreto, può seguire alcuni modelli di base: la selezione della didattica su cui concentrare le risorse disponibili, la predisposizione di curricula specifici, il rafforzamento della formazione degli insegnanti, la predisposizione di percorsi adatti alle esigenze degli studenti in contesti di dispersione scolastica o di maggiore necessità di alternanza scuola-lavoro. Ogni forma di autonomia declinata a partire da determinati fini può comportare l'impiego di risorse finanziarie di specializzazione e il migliore adattamento al contesto di riferimento che, nel Paese, appare in molte sue parti disomogeneo.

Non si tratta, naturalmente, di far competere le scuole tra loro, posto che non esiste un mercato dell'istruzione, bensì di compiere ulteriori passi verso la compiuta attuazione del disegno autonomistico, caratteristica quasi

lité: de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers, in *Revue française de droit administratif*, n. 2, 2001, 589 ss.

¹⁰⁶ Si pensi, in particolare, al c.d. Mof, il Fondo per il miglioramento dell'offerta formativa, il quale costituisce l'insieme delle risorse finanziarie che remunera le funzioni strumentali dei docenti, gli incarichi del personale non docente, le indennità, le ore eccedenti e così via. Sull'utilizzo delle risorse del Mof viene attualmente svolto un controllo da parte dei revisori dei conti degli istituti scolastici, visto che l'erogazione delle risorse è vincolata. Si tratta essenzialmente di un controllo di regolarità contabile. È un controllo che, per sua natura, non incentiva le singole istituzioni scolastiche e pianificarne l'utilizzo in funzione di una migliore offerta formativa.

¹⁰⁷ In tema, V. Campione, P. Ferratini, L. Ribolzi (a cura di), *Tutta un'altra scuola: proposte di buon senso per cambiare i sistemi formativi*, Bologna, il Mulino, 2005.

¹⁰⁸ M. Gigante, *Il servizio nazionale di valutazione del sistema educativo di istruzione e formazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1101 ss.

¹⁰⁹ S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, cit.;

il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica

“costituzionale” del sistema di istruzione e formazione¹⁰⁹, e di governare la transizione avvalendosi degli strumenti noti.

In ultimo, ci si può chiedere, dati questi presupposti, quale rappresentanza “al centro” debba accompagnare questo processo incrementale, se quella dei dirigenti scolastici¹¹⁰ oppure quella degli insegnanti. Nell'uno o nell'altro caso, la sfida è quella insita in ogni tentativo di riforma.

Abstract

Although school autonomy has been introduced in the Italian legal system since the Nineties, it still represents, on several counts, an evolving path. The essay recalls the major landmarks of that path from the pre-unitary period to the most recent legislation, intertwining it with the path of representation. Even if on the teaching side of autonomy a lot has been done, on the financial side there is still a long way to go. A reflection on how to decline autonomy in the plural, figuring autonomies based on adequacy, differentiation, and unity of the education system, seems useful in the perspective of completing that curved path and implementing the reform of the Nineties.

A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit.; F. Fracchia, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit.; F. Cortese (a cura di), *Tra amministrazione e scuola: snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, cit.

¹¹⁰ Come proposto in Aa.Vv., *Per una scuola autonoma e responsabile*, Fondazione per la scuola della Compagnia di San Paolo – Fondazione TreElle, 2005.

LORENZO SALTARI

IL REGIME GIURIDICO DELLA FORMAZIONE E IL RECLUTAMENTO DEGLI INSEGNANTI IN ITALIA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli snodi della formazione e del reclutamento degli insegnanti dall'Unità a oggi. – 3. La disciplina vigente della formazione e del reclutamento degli insegnanti in Italia. – 4. L'impatto del diritto europeo e i suoi riflessi sull'ordinamento. – 5. Riformare ancora il modello italiano. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Tenere il sistema di formazione e reclutamento degli insegnanti della scuola al passo con i tempi e con le mutevoli esigenze formative è un problema costante che si affaccia già dall'unificazione del Paese. Nel corso di tutta la storia della scuola pubblica italiana, intervenire in quest'ambito è stato politicamente, socialmente ed economicamente molto arduo.

I cambiamenti sono stati frenati da molteplici vischiosità. Sovente hanno prevalso le ragioni occupazionali che si sono imposte sulle altre, magari di segno diverso o opposto. Ciò si spiega con la grande rilevanza elettorale del settore (oggi nella scuola è impiegato più di un milione di persone) e con la sua forte sindacalizzazione conclamatasi negli anni Settanta dello scorso secolo.

Nel momento in cui si svolgono queste riflessioni, c'è ancora l'antico e annoso problema dell'assorbimento in ruolo del personale docente precario. L'esistenza di questa pesante eredità perpetua il conflitto tra i vecchi e i nuovi aspiranti all'immissione nella docenza nella scuola.

Questa condizione di conflitto è un fattore che rallenta la completa transizione al modello dell'insegnante "professionista" che ha sviluppato la propria capacità attraverso un percorso specifico sia universitario sia pratico e applicativo sul campo. Ne discendono tempi molto più diluiti e incerti per

* Il presente saggio costituisce una versione più estesa ed approfondita del contributo destinato agli Atti del 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, a cura di D. Sorace e L. Ferrara.

l'affermazione di un sistema educativo più solido e in sintonia con i profondi cambiamenti economici, tecnologici e sociali che caratterizzano la fase storica che stiamo attraversando.

La profonda crisi economica degli ultimi anni, che si mostra strutturale e duratura anziché ciclica, contrae anche le risorse pubbliche a disposizione per la scuola. Ciò ha spinto il legislatore verso scelte di contrazione del corpo degli insegnanti. Inoltre, sottrae mezzi per la differenziazione della loro carriera, basata sulla valorizzazione concreta del merito e dei risultati conseguiti. Nondimeno, l'istruzione (sino a un certo grado) è un diritto costituzionalmente garantito che lo Stato non può rifiutare a chi lo richiede. Di più, essa è indispensabile per la creazione di quel capitale umano fondamentale per riuscire a competere nelle "economie della conoscenza".

Ripensare al sistema di formazione e reclutamento degli insegnanti ha poi importanti riflessi sugli attori istituzionali e sulla loro interazione. In specie, le implicazioni investono il ruolo del Ministero dell'Istruzione, università e ricerca-Miur, i poteri condizionanti del Ministero dell'Economia e delle finanze-Mef e rimettono al centro il processo di cambiamento insito nel riconoscimento dell'autonomia delle scuole, emerso nel corso degli anni Novanta dello scorso secolo, ma rimasto sostanzialmente incompiuto.

L'articolazione del presente contributo è in tre parti. Si muove da un sintetico inquadramento storico del tema, focalizzato sui momenti di "snodo". Può anticiparsi che da questo inquadramento emerge che nei passaggi "stretti" in Italia, a volte, si sono sbagliate le diagnosi, spesso si è ceduto alla pressione di esigenze contingenti senza riuscire mai a impostare una strategia di sviluppo di ampia veduta.

Si passa, poi, ad analizzare la disciplina sulla formazione e sul reclutamento dell'ultimo periodo. Essa è informata sui percorsi formativi e sul concorso pubblico, nonché sulla necessità di prosciugamento del rilevante stock di precari di lungo corso.

Nell'ultima parte dello scritto ci si propone di ragionare sui principali termini di cui dovrà tenere conto un percorso riformatore influenzato dal diritto europeo contrario all'eccessivo impiego di personale precario nella scuola. Ciò nel tentativo di tenere insieme i processi di lungo periodo con le novità più recenti.

2. Gli snodi nella storia della formazione e del reclutamento degli insegnanti dall'Unità a oggi

Nella storia italiana dell'accesso alla carriera di insegnante vi sono tre

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

costanti. In primo luogo, va menzionata l'assente (e poi insufficiente) programmazione del fabbisogno di personale per quantità, qualificazione, collocazione territoriale. In secondo luogo, si registrano le incertezze sulla formazione iniziale acuite dalla "riforma Gentile" e dal suo lento ripensamento. In terzo luogo, vi è la propensione (declamatoria) al concorso pubblico costantemente contraddetta sotto la pressione di contingenze alcune esterne, altre interne al modo della scuola. Questi elementi definiscono l'amministrazione scolastica sin dalla sua primissima costruzione, quasi avessero agito come «un *imprinting* ricevuto alla nascita dal Ministero dell'istruzione, da cui nessuno è mai riuscito a liberarlo».

Raggiunta l'Unità, la classe dirigente liberale volle per il sistema scolastico del nuovo ordinamento italiano quello modello francese. Eppure, «il risultato della fase "costituente" fu un edificio grandioso alla francese, ma di un grandioso di terz'ordine»¹. In esso si dava preminenza alla qualificazione del titolo dell'aspirante docente (laurea o diploma) e al concorso per l'accesso ai ruoli delle elementari e dei licei. L'incorporazione di questi criteri nella Legge Casati (1859), che dall'ordinamento sabaudo passa a quello unitario, fu però subito sminuita dalla prefigurazione di molti casi in cui l'immissione nella scuola poteva avvenire "in eccezione alla regola del concorso". E, infatti, da un lato, per fare fronte alla mancanza di insegnanti, dall'altro anche per non deludere le aspettative dei docenti dei regimi preunitari, che altrimenti sarebbero rimasti senza occupazione, si procedette alla nomina "per appello diretto, prescindendo dalle vie del concorso". Si tratta della prima sanatoria conosciuta dalla scuola italiana che generò una categoria letteralmente non ricompresa dalla legge: quella dei cd. *legittimati*.

La formazione degli insegnanti delle scuole elementari e medie inferiori era impartita dalla scuola Normale triennale², seguita dalla Scuola magistrale biennale. Questa formazione conduceva al rilascio di una "patente" (diremmo ora abilitazione) per l'insegnamento. Per gli insegnanti "medi" (l'attuale scuola secondaria di primo e secondo grado) nel 1891 si decise l'istituzione del Magistero, nelle facoltà di Lettere, Filosofia, Scienze e Fisica, per dare ai futuri docenti anche una preparazione pedagogica.

L'effettivo reclutamento si svolse in una situazione assai confusa. Sovente gli incarichi ai maestri ed anche ai professori furono stabiliti in modo arbitrario, non immune da favoritismi e casi di corruzione. Ciò si protrasse sino all'approvazione nel 1906 dello "Stato giuridico degli insegnanti", sol-

¹ S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Foro it.*, 1991, V, 213.

² Secondo l'esempio delle *Écoles normales* delle leggi rivoluzionarie francesi del 1794.

lecitato dall'associazionismo degli stessi insegnanti, che ribadì, sebbene la Legge Casati non fosse stata formalmente abrogata, che «nessuno può essere nominato ... neppure semplice incaricato, e nessuno che sia già insegnante può passare all'insegnamento di altra materia, se non in seguito a concorso». Questa previsione non fa che ribadire che il concorso fosse pensato nel sentire comune come il migliore strumento d'individuazione dei meritevoli. Quest'opinione, tuttavia, non era unanime. Nel 1908, Salvemini qualificò il concorso come "mostruoso e ancora più mostruosamente fatto mettere in azione", nefasto anche perché lasciava una coda di "precari", giacché le cattedre per i vincitori erano molte meno degli aspiranti insegnanti. Vedremo poi che questa disfunzione continua a manifestarsi anche in anni a noi prossimi.

Nel primo dopoguerra, il concorso ordinario fu propri sospeso preferendo in suo luogo fare ricorso a uno strumento molto più flessibile quello delle graduatorie per titoli e "speciali provvidenze" riconosciute agli ex-combattenti. Da questo dato si coglie bene come la collocazione nella docenza scolastica venga usata dalla classe dirigente dell'ultima età liberale come un "ammortizzatore sociale" cioè come uno strumento per cercare di governare il forte malcontento che scuote la società italiana uscita dalla Grande guerra. Il reclutamento è usato per altri fini rispetto a quelli propri della scuola.

La fine dell'accesso grazie concorsi "per soli titoli" e il conseguente ripristino del concorso ordinario si ebbe col fascismo o meglio con l'arrivo di Giovanni Gentile al Ministero dell'Istruzione. È, infatti, il filosofo idealista l'ispiratore del Regio decreto n. 412/1923 di riforma della scuola.

L'approccio da cui muove Gentile è che la capacità d'insegnamento non si può sviluppare con una specifica formazione. Nel 1925, il Ministro ebbe a dire che "non può essere insegnato quello che è arte spontanea del cuore dei nostri educatori". E, pertanto, quella dell'insegnante non era concepita alla stessa stregua di professione libera al pari delle altre per le quali è necessario uno specifico tirocinio³. Il saper fare l'insegnante discende dalla profonda e puntuale conoscenza della propria disciplina. E, quindi, per elevare la qualità della scuola è sufficiente un inasprimento della severità e selettività dei corsi universitari.

Il concorso gentiliano per l'accesso alla docenza presenta un'aporìa. È per gli effetti giuridici un esame di Stato abilitante alla professione d'insegnante, ma le sue prove, molto teoriche e nozionistiche, si limitano all'ac-

³ In realtà, l'idealismo pedagogico gentiliano non riscuoteva consensi unanimi. Sono note le posizioni differenti propugnate da Codignola, Salvemini e Credaro.

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

certamento del possesso delle conoscenze disciplinari. Finiscono per essere, nella sostanza, una ripetizione degli esami già svolti all'università. In altre parole, il concorso non è strutturato per appurare la peculiare competenza professionale dell'aspirante insegnante.

Pertanto, i concorsi informati al modello gentiliano funzionano sì come uno stretto filtro all'accesso alla docenza. È palese la differente maggiore qualità degli insegnanti selezionati per concorso rispetto a coloro che passano di ruolo attraverso le varie "titularisations". Essi, nondimeno, non riescono nell'obiettivo di modernizzare profondamente il sistema e a modificare il modello precedente. Modello per il quale la prova concorsuale, anziché forgiare un corpus di docenti di elevata ma nel contempo specifica professionalità, serve a collocare i vincitori nei ruoli e nelle sedi messe a bando.

L'assetto della formazione e del reclutamento degli insegnanti, nonostante l'avvento della Costituzione repubblicana, può dirsi in continuità con l'esperienza anteriore. Retoricamente rimane fermo il principio per il quale il concorso è la via principe per l'accesso nella scuola, al pari di ogni altro posto nella pubblica amministrazione (in coerenza con l'art. 97 Cost.). Ma nonostante gli argomenti di facciata si ebbe la reiterazione di quanto avvenne finita la prima guerra mondiale. Dal 1947, si moltiplicano le leggi speciali di sistemazione del personale docente precario senza esame. Questo metodo fu talmente esteso che rappresentò il normale sistema di assunzione in ruolo, proprio in luogo del concorso.

Gli anni Cinquanta e Sessanta del XX secolo sono contrassegnati da una grave disoccupazione dei diplomati magistrali che non riescono a essere assorbiti dalla scuola primaria. Viceversa, attesa la scarsa crescita del numero dei laureati, si registra una certa mancanza di insegnanti per la scuola superiore. Da queste disfunzioni si evince un chiaro *deficit* nella programmazione del personale necessario. Tanto che può ricavarsi l'impressione che il «reclutamento venga fatto casualmente»⁴.

Eppure, nel 1961, lo Svimez, in una propria indagine pionieristica, elabora le prime previsioni di fabbisogno d'insegnanti a cadenze decennali da cui emerge il grave disequilibrio tra diplomati e laureati e le nuove esigenze della scolarizzazione di massa. Nel 1963, la Commissione d'indagine sullo stato e lo sviluppo della pubblica istruzione in Italia⁵, d'altro canto, indica l'opportunità di uscire dalla contraddizione gentiliana e di imboccare con decisione la strada della professionalizzazione dell'insegnamento spostando sull'università il baricentro della formazione di tutto il personale docente.

⁴ S. Cassese, "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, in *Foro it.*, 1990, V, 151.

⁵ Incaricata dal Presidente del Consiglio dei ministri A. Fanfani.

Queste nuove idee però non trovano ascolto. Il sindacato spese il proprio ingente potere d'influenza per obiettivi di piccolo cabotaggio: l'incremento dei posti per favorire l'assunzione di tutti gli abilitati, benefici stipendiali. Il legislatore, sordo ai suggerimenti di questa Commissione, nel 1966 preferisce la sistemazione in ruolo quarantamila docenti della scuola media con procedure semplificate.

Con gli anni Settanta del secolo scorso si registra la massima espansione della scuola che diviene a tutti gli effetti di massa. In questa difficile fase, la proporzione degli insegnanti precari rispetto al loro numero complessivo è parossistica raggiungendo quasi la soglia del cinquanta per cento. Le cospicue nuove esigenze sono soddisfatte con personale non di ruolo. Ciò si spiega essenzialmente con l'obiettivo di contenere l'impennata del costo del lavoro generato dal comparto scolastico. Questo modo di governo ha però un'implicazione rilevante e di lungo periodo. La creazione di una schiera di dipendenti pubblici scarsamente tutelati – comunque meno rispetto agli altri – è una non trascurabile concausa della massiccia sindacalizzazione di questa categoria. Tale iper-sindacalizzazione attizza il fuoco delle richieste rivendicative che, in poche parole, coincidono con l'estensione e il consolidamento delle pratiche di sanatoria già ampiamente sperimentate in precedenza: una nuova titolarizzazione.

Le agitazioni dell'autunno 1972 portarono all'approvazione della l. n. 477/1973, grazie alla quale si decise l'immissione in ruolo attraverso l'istituzione di una graduatoria a esaurimento (strumento che è all'origine della famigerata "graduatoria permanente").

Nonostante questa misura, nel quindicennio successivo la pressione di chi vuole entrare nella scuola riprese vigore. Infatti, per un verso, la crescita della popolazione scolastica non aveva ancora raggiunto il suo acme, specie nella scuola secondaria superiore. Per l'altro, erano ancora tanti i professori che attendevano la loro immissione in ruolo. Tra l'autunno del 1977 e l'estate del 1978 prese nerbo un movimento rivendicativo innescato anche da un'altra tornata di corsi abilitanti, quella del 1976. Il movimento creò le condizioni politiche per l'emanazione della legge n. 463/1978. Grazie a tale misura, in molti riuscirono a passare di ruolo, ma in cambio il Parlamento impose l'istituzione di un nuovo concorso ordinario. Per il legislatore, nonostante le pressioni dei precari, il concorso è uno strumento al quale non intende rinunciare del tutto, questa volta sotto la spinta dell'opinione pubblica e dei docenti assunti coi selettivi concorsi gentiliani che reagivano allo scadimento di prestigio e di qualità della scuola pubblica italiana, proprio causato dalle "stabilizzazioni".

Con gli anni Ottanta emerge un'altra disfunzione. L'andamento de-

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

mografico espansivo si avvia all'esaurimento. Tuttavia l'ampliamento degli organici nella scuola non segue questa inversione di tendenza e continua la sua inerzia di crescita grazie all'escamotage dell'estensione della offerta formativa (corsi pomeridiani, attività complementari e integrative, ecc.). Questa tendenza non può far arrestare il proliferare della schiera dei precari. In molti fra questi hanno ormai maturato alcuni anni di lavoro nelle aule. Quindi, rivendicano anche per loro le stesse soluzioni prese in occasione delle "lotte" del 1973 e del 1978. E, infatti, in ragione di questa ulteriore sollecitazione che sfocia nel 1982 in un'imponente manifestazione che, anche questa volta, si giunge all'emanazione di una legge *ad hoc*⁶. Tale misura istituisce altri corsi abilitanti e rinnova le graduatorie a esaurimento per le immissioni in ruolo⁷.

Il decennio fu contrassegnato da altre leggi sul reclutamento. La l. n. 246/1988 fornì la possibilità d'immissione in ruolo in due province (una delle quali doveva coincidere con quella di servizio) a chi avesse un biennio di servizio maturato tra il '75 e l'81. Tale modello fu completato con il cd. "doppio canale" che ha il suo esordio grazie alla l. n. 417/1989. «Il "doppio canale" fu la prima sanzione del fallimento del concorso. Con esso, infatti, si ammetteva implicitamente l'impossibilità di regolare gli accessi ai ruoli con lo strumento della selezione meritocratica e si cercava di regolare "il traffico" – sempre affollato – degli ingressi con l'apertura di una via riservata (al 50% dei posti) a coloro che avevano maturato una certa esperienza come supplenti»⁸.

I segni sempre più evidenti di crisi del bilancio dello Stato e le conseguenti esigenze di contenimento dell'espansione degli organici e dei costi hanno messo fuori centro il modello che si è andato consolidando nel corso del ventennio in esame. Nel 1993 vi è una prima inversione di tendenza. Si decide di negare l'assunzione in ragione di posizioni per le quali non vi sia la certezza della permanenza anche gli anni seguenti.

In definitiva può osservarsi come gli anni '60-'80 abbiano lasciato una profonda traccia nella scuola italiana. L'incapacità di mettere a fuoco una rigorosa programmazione del fabbisogno di docenti, la debolezza nel promuovere la transizione a una formazione universitaria e specificamente pro-

⁶ Si tratta della l. n. 270/1982.

⁷ Una propaggine di questa nuova tensione venne governata con la l. n. 326/1984 che esaudì le rivendicazioni dei docenti che, sebbene pretermessi dalla l. n. 270/1982, avevano maturato i requisiti di servizio nei due anni successivi ed aspiravano ad abilitarsi per mezzo di una sessione riservata.

⁸ Associazione Treelle, *Oltre il precariato. Valorizzare la professione degli insegnanti per una scuola di qualità*, Quaderno n. 6, Genova, 2006, p. 47

fessionalizzante, le troppe condiscendenze verso le istanze di chi fa pressioni per accedere in ruolo hanno disegnato il profilo dell'insegnante medio italiano: "lavoratore", più che "professionista", fortemente sindacalizzato, il quale concepisce la propria identità nei termini di "funzionario pubblico" e nel contempo di "operatore sociale".

Ne discende per gli insegnanti un incremento in uguaglianza e sicurezza. Essi però pagano questo risultato con l'alto prezzo del marcato scaldamento della loro qualità media che inevitabilmente implica un modesto riconoscimento sociale. Non si riesce, in altre parole, nell'intento di far emergere l'aspetto professionale su quello burocratico, pur essendo preferibile non burocratizzare il ruolo dell'insegnante.

Sotto il profilo del governo del reclutamento, il periodo in esame è segnato da una doppia tendenza. Si registra l'inaridimento del concorso ordinario, quello "per titoli ed esami", che dovrebbe garantire la selezione dei migliori. Al contempo, e di conseguenza, il sistema si piega sui concorsi "per soli titoli" sovente imperniati su corsi abilitanti, concepiti a mo' di ripara-zione per aver permesso a un personale in possesso del solo titolo (laurea o diploma) di insegnare. È questo il turno d'anni in cui si forma il famigerato principio dei 360 giorni di servizio come soglia, superata la quale, si matura un vero e proprio diritto a pretendere l'immissione in ruolo.

Il declino del concorso fa il pari anche con l'inarrestabile ascesa della "graduatoria permanente" che permette a tutti gli "idonei", insieme inevitabilmente più grande rispetto ai "vincitori", di stabilizzarsi secondo il criterio dell'anzianità d'iscrizione (ovvero grazie allo scorrimento).

È qui che si crea un *clivage* ancor oggi presente: quello tra gli "idonei" che militano contro i nuovi concorsi (ai quali dovrebbero partecipare e che potrebbero rimescolare le posizioni acquisite) e i *new entrants*, di norma più giovani e, sovente, formati meglio e più a lungo. Per spiegare meglio, negli anni '90, entrano in frizione due modelli formativi degli insegnanti profondamente diversi. L'ordinamento italiano, provando a imitare l'assetto prevalente in Europa, introduce la formazione universitaria specialistica per tutti, necessaria per ottenere l'abilitazione all'insegnamento. Il nuovo sistema, tuttavia, deve convivere col precedente, fatto di un «mercato "amministrato" attraverso la graduatoria nazionale permanente».

Previste nella riforma del sistema universitario del 1990⁹, le Scuole di specializzazione denominate Sis sono state attivate solo nel 1996¹⁰. Esse, istituite presso le università, erano articolate in differenti indirizzi disciplinari e

⁹ L. n. 341/1990.

¹⁰ d.P.R. nn. 470-471/1996.

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

alla conclusione dei corsi, col superamento dell'esame finale avente il valore di esame di Stato¹¹, si otteneva l'abilitazione all'insegnamento nella scuola secondaria. Questa modalità di formazione inizialmente era affiancata al reclutamento tramite concorso e progressivamente avrebbe dovuto rappresentare il canale ordinario di accesso alla professione di docente.

Con le Sis vi è una dequotazione delle graduatorie. S'ingenera un aspro conflitto tra i nuovi formati e il personale precario, che cerca la reazione avviando un'incisiva pressione sindacale sul governo. Pressione che conduce¹² alla trasformazione delle graduatorie in permanenti e all'affermazione del principio secondo il quale il fabbisogno di docenti da immettere in ruolo è tratto per metà dai vincitori di concorsi per titoli ed esami e per l'altra metà dallo scorrimento delle graduatorie¹³.

Segue una contro-reazione degli abilitati nelle Sis i quali ottengono dal legislatore di poter entrare in diretta concorrenza per il posto con i cd. precari storici ovvero i docenti abilitati attraverso i corsi riservati, collocati dalla l. n. 124/1999 nella terza fascia del personale docente (grazie alla l. n. 333/2001). La misura però innesca l'inevitabile recrudescenza del conflitto fra le due schiere contrapposte che spinge il Parlamento a tornare sui propri passi. E, infatti, di lì a breve l'adozione di una misura che fa collocare gli abilitati delle Sis in coda alla graduatoria permanente¹⁴.

Con il d.lg. n. 227/2005¹⁵ si torna a mettere mano al modello di formazione. L'obiettivo ora è il superamento delle Sis. Si vuole preservare l'affidamento della formazione del personale docente alle università¹⁶ e alle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica. Si mira, altresì, a valorizzare il ruolo delle istituzioni scolastiche autonome. L'obiettivo è che il personale docente giunga ad avere una formazione idonea a coniugare la preparazione teorica con una qualificazione professionale concretamente legata al nuovo contesto determinato dall'autonomia scolastica. La valutazione specifica, conseguita a seguito di un tirocinio presso le scuole, conferisce al futuro insegnante il diritto all'iscrizione a un albo regionale¹⁷. Questa misura

¹¹ Art. 4, c. 2, l. n. 341/1990.

¹² Ciò grazie all'emanazione della l. n. 124/1999, la quale ha modificato gli artt. 399-401 del d.lg. n. 297/1994.

¹³ Tali graduatorie sono ripartite in quattro fasce separate sulla base del titolo di abilitazione e della durata dei servizi svolti nelle scuole, in modo da graduare la precedenza nelle nomine in ruolo.

¹⁴ Con l'entrata in vigore della l. n. 143/2004.

¹⁵ Attuativo della delega di cui all'art. 5, l. n. 53/2003.

¹⁶ Le Scuole di specializzazione Sis sono sostituite da strutture denominate "Centro di Ateneo o di inter-ateneo di formazione degli insegnanti" (art. 7).

¹⁷ Art. 5.

è anche pensata per tenere conto della competenza costituzionalmente riconosciuta alle regioni rispetto alla distribuzione del personale docente tra le istituzioni scolastiche.

Il superamento di tale prova era però considerato requisito per l'immissione ai concorsi a posti da bandire a cadenza almeno triennale. Ne discende un complesso quadro normativo nel quale non è chiaro se l'iscrizione all'albo conduce a una chiamata diretta da parte delle scuole, oppure se è comunque necessario il superamento anche del tradizionale concorso. «In quest'ambigua prospettiva la formazione iniziale dei docenti, sia teorica che pratica, rischiava di essere utilizzata ancora per acquisire punteggio ai fini dell'inserimento e della progressione all'interno della graduatoria permanente ma non risultava decisiva ai fini dell'assunzione in ruolo»¹⁸.

Questa disciplina è stata abrogata dalla legge finanziaria per il 2008 e sostituita da un regolamento del 2010. Su queste misure prosegue l'analisi.

3. La vigente disciplina della formazione e del reclutamento degli insegnanti

Come scrive la Corte di Cassazione: «Il reclutamento del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria avviene per due canali (v. d.lg. n. 297/1994, art. 399 come modificato dalla l. n. 124/1999, art. 1) e cioè attribuendo metà dei posti disponibili ai vincitori di appositi concorsi per titoli ed esami e, per la restante metà, attingendo alle graduatorie permanenti, relative ai concorsi per soli titoli, di cui al citato d.lg. n. 297/1994, art. 401, in cui hanno titolo a essere inseriti docenti che abbiano già superato un precedente concorso per esami e titoli – senza risultare vincitori, ma solo idonei e conseguendo in tal modo l'abilitazione all'insegnamento ai sensi del d.lg. n. 297/1994, art. 400 – e vantino un periodo di servizio di almeno 360 giorni: nel primo caso il docente ottiene l'abilitazione e, se collocato in graduatoria in posizione utile rispetto al contingente dei posti, ottiene anche l'immissione nei ruoli con conseguente assunzione a tempo indeterminato, mentre, nel secondo caso, la procedura concorsuale si articola in due fasi delle quali la prima è costituita dal conseguimento dell'abilitazione (o con una sessione riservata oppure con il concorso ordinario) e la successiva con l'inserimento nelle graduatorie permanenti»¹⁹.

¹⁸ Cocconi M., *Diventare insegnanti: le nuove regole*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2011, 2011, 243.

¹⁹ Così Sent. Cass., Sez. Lavoro, n. 21298/2006.

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

Il sistema è dunque bipartito. Vi è il “canale concorsuale”, completato da quello dello scorrimento delle graduatorie provinciali degli abilitati.

Il *concorso*, in realtà, è da suddividere in “concorso ordinario” e “concorso riservato”. Ambedue prevedono una selezione per titoli ed esame. Al primo, tuttavia, può partecipare chiunque sia in possesso del titolo di studio condizionante l’accesso alla classe di concorso. Al secondo vi può prendere parte chi, oltre al titolo di studio, abbia anche svolto attività di docenza pari a 360 giorni in un determinato lasso temporale.

Il secondo canale è lo *scorrimento delle graduatorie* degli abilitati. Tali graduatorie sono state ordinate come “permanenti”²⁰ e successivamente trasformate in elenchi a esaurimento cui è precluso l’accesso a nuovi aspiranti²¹. A esse accedevano gli aspiranti docenti che si erano abilitati per effetto del superamento di un concorso (ordinario o riservato) oppure perché in possesso di titoli di studio abilitanti suddivisi²² in tre fasce insieme alla maturazione di altri requisiti. Le graduatorie permanenti erano aggiornate annualmente e in questa occasione chi ne avesse titolo, e non ne facesse già parte, poteva presentare domanda di ammissione.

Con la legge finanziaria per il 2008, il legislatore è intervenuto incisivamente sul sistema. Si delega il Miur²³ «ad adottare appositi regolamenti volti a definire la disciplina dei requisiti e delle modalità di formazione iniziale e dell’attività procedurale per il reclutamento del personale docente, attraverso concorsi ordinari, con cadenza biennale, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente per il reclutamento del personale docente, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica e fermo restando il vigente regime autorizzatorio delle assunzioni, nonché facendo salva la validità delle graduatorie ad esaurimento²⁴».

E nel momento più acuto della crisi del debito sovrano italiano, l’estate del 2008, il legislatore torna a interessarsi del sistema scolastico nel suo complesso delegando il governo a emanare uno o più regolamenti di delegificazione al fine di riordinare l’assetto ordinamentale, organizzativo e didattico del sistema avendo di mira l’incremento del rapporto tra stu-

²⁰ Dall’art. 401 del d.lg. n. 297/1994.

²¹ Dall’art. 1, c. 605, lett. c) l. n. 296/2006 (la *Legge finanziaria per il 2007*). La preclusione in realtà si ha salvo casi particolari individuati di volta in volta con disposizioni legislative specifiche, operanti in coincidenza con le tornate di aggiornamento ora biennale degli elenchi.

²² Dal d.m. n. 146/2000.

²³ Art. 2, c. 416, l. n. 244/2007, che abroga l’art. 5 della l. n. 53/2003 e il correlativo regolamento adottato col d.lg. n. 227/2005.

²⁴ Di cui all’art. 1, c. 605, lett. c), l. n. 296/2006.

denti e professori al fine di far decrescere il peso del comparto per i conti pubblici²⁵.

Il primo rinvio al potere normativo del governo, nella forma del regolamento ministeriale attuativo, ha portato all'emanazione del d.m. n. 249/2010²⁶. La seconda delega all'esecutivo, da aversi con regolamenti di delegificazione di riordino organico, invece è stata fatta cadere²⁷.

Ne discendono le seguenti novazioni. Se prima per l'accesso ai concorsi era sufficiente il possesso del titolo di studio utile a tal fine²⁸. Con la riforma del 2010 sono stati fissati requisiti e modalità della formazione iniziale degli insegnanti della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e di secondo grado. L'idea è che «La formazione iniziale degli insegnanti [...] è finalizzata a qualificare e valorizzare la funzione docente attraverso l'acquisizione di competenze disciplinari, psicopedagogiche, metodologiche-didattiche, organizzative e relazionali necessarie a far raggiungere agli allievi i risultati di apprendimento previsti dall'ordinamento vigente»²⁹.

Il regolamento del Miur per concretizzare le finalità dianzi richiamate prefigura tre tipologie di percorsi formativi. Per l'insegnamento nella *scuola dell'infanzia* e nella *scuola primaria*, è previsto un corso di laurea magistrale quinquennale, a ciclo unico³⁰. Per l'insegnamento nella *scuola secondaria di primo e di secondo grado*, è immaginato un corso di laurea biennale e un successivo anno di tirocinio formativo attivo: il cd.TFA. Per l'insegnamento di *discipline artistiche, musicali e coreutiche* della scuola secondaria di primo e di secondo grado sono attivati dalle università e dagli istituti di alta formazione artistica, musicale e coreutica³¹ specifici percorsi formativi che si articolano nel diploma accademico di II livello e nel successivo anno di tirocinio formativo attivo.

Fanno poi parte integrante dei percorsi formativi l'acquisizione di competenze linguistiche³², digitali e didattiche specificamente volte a favorire l'integrazione scolastica degli alunni con disabilità.

I periodi di tirocinio vanno svolti nelle istituzioni facenti parte del sistema nazionale d'istruzione. Sono inoltre previsti percorsi formativi per

²⁵ Art. 64, c. 4, d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008.

²⁶ In seguito parzialmente modificato.

²⁷ Tale termine era di un anno dall'emanazione del d.l. n. 112/2008.

²⁸ Secondo quanto previsto dal d.m. n. 39/1998.

²⁹ Art. 2 del d.m. n. 249/2010.

³⁰ Ciò in deroga a quanto previsto dell'art. 8, c. 2, del d.m. n. 270/2004.

³¹ Di cui alla l. n. 508/1999.

³² Inglese di livello B2.

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

conseguire la specializzazione per le attività di sostegno didattico agli alunni con disabilità³³.

Il Miur annualmente, con proprio decreto, definisce la programmazione degli accessi ai percorsi formativi, determinando il numero complessivo dei posti disponibili ogni anno sulla base della programmazione regionale degli organici e del conseguente fabbisogno di personale docente nelle scuole statali, maggiorato nel limite del 30 per cento in relazione al fabbisogno dell'intero sistema nazionale di istruzione e tenendo conto dell'offerta formativa degli atenei e degli istituti di alta formazione artistica, musicale e coreutica³⁴.

Il positivo svolgimento del percorso formativo si riflette direttamente sul meccanismo di selezione dei nuovi insegnanti attraverso il conferimento di un'*abilitazione all'insegnamento*. In specie, il superamento del tirocinio formativo attivo con esito positivo insieme all'esposizione orale di un percorso didattico su un tema scelto dalla commissione e alla discussione della relazione finale permette al frequentante il percorso formativo di ottenere il titolo di abilitazione.

Gli elementi portanti del modello di formazione e reclutamento del personale docente della scuola italiana oggi in vigore sono: a) la ribadita centralità del concorso per titoli ed esame, da ripetersi ogni due anni; b) l'accesso ai concorsi è consentito esclusivamente agli abilitati all'insegnamento che hanno seguito percorsi formativi svolti all'università, integrati da un tirocinio formativo attivo; c) il numero degli studenti da immettere nei percorsi formativi (che sono potenziali abilitati e quindi aspiranti partecipanti ai concorsi) è programmato annualmente dal Miur, dopo aver acquisito il parere del Mef; d) una nuova programmazione dei posti è fatta in sede di predisposizione del bando di concorso che individua il numero dei docenti da immettere in ruolo; e) questo fabbisogno effettivo continua a essere coperto attingendo dai vincitori del concorso e dalla graduatoria a scorrimento chiusa e ad esaurimento.

A distanza di dodici anni dall'indizione dell'ultima prova concorsuale, nel 2012 il Miur, mette a bando circa 11,5 mila posti di insegnante di scuola primaria e secondaria³⁵.

³³ Tali corsi devono prevedere l'acquisizione di un minimo di 60 crediti formativi, comprendere almeno 300 ore di tirocinio (pari a 12 cfu) e articolarsi distintamente per la scuola d'infanzia, primaria e secondaria di primo e secondo grado. A questi corsi, a numero programmato, autorizzati dal Miur, possono accedere gli insegnanti abilitati.

³⁴ Tale decisione è presa ai sensi dell'art. 27 della l. n. 449/1997.

³⁵ *Decreto del Direttore generale per il personale scolastico n. 82 del 24 settembre 2012.*

Condizione per presentare domanda di partecipazione al concorso è l'essere già abilitati. Ne discende che la prova di concorso è rivolta per lo più al personale precario della scuola presente nelle graduatorie a esaurimento. La logica sottesa all'indizione di questa selezione pare la seguente. Si prova a trovare un equilibrio tra merito e stabilizzazione consentendola con anticipo ai migliori risultanti fra i vincitori del concorso. Nella contrapposizione intergenerazionale e di livello di formazione, il "concorsonone" invece dà un gran vantaggio agli insider, di età inevitabilmente avanzata, con una formazione disciplinare conseguita non necessariamente nell'università (rispetto ai posti della scuola primaria) e con una professionalizzazione assente, nel caso si disponga del solo titolo di studio, o creatasi con un *training on job* (perlopiù durante la *via crucis* dell'affidamento di posizioni di supplenza).

A essere sacrificata è la posizione degli oltre 20 mila che, superando la selezione imposta dal "numero chiuso", hanno ottenuto l'iscrizione ai Tirocini formativi attivi (TFA). Poiché il meccanismo del concorso prende le mosse in una fase anteriore alla conclusione di tali percorsi formativi che conducono all'abilitazione, ne discende che questa schiera di potenziali docenti, più giovani, che hanno ricevuto una formazione disciplinare e professionalizzante, diverranno abilitati proprio a valle dell'ultima, ampia, copertura di posti a ruolo.

Non è difficile prevedere che l'obiettivo di contenere entro una soglia fisiologica di flessibilità il numero dei precari finirà per essere disatteso. E si avrà una nuova situazione di grave conflitto tra aspiranti alla docenza. Poiché il "concorsonone" non assegna un numero di posti così alto da svuotare le graduatorie ad esaurimento, nel prossimo scorcio avremo i vecchi precari che hanno perso il concorso, magari già nella fase preselettiva, e quindi ancora in attesa della loro stabilizzazione, e la schiera degli abilitati nei TFA, nei quali il decisore pubblico riponeva l'aspettativa di una crescita rimarchevole del livello qualitativo della sistema nazionale d'istruzione.

4. L'impatto del diritto europeo e i suoi riflessi sull'ordinamento

La disciplina italiana della scuola pubblica – come detto – consente contratti a tempo determinato, reiterabili per molti anni, con personale supplente impiegato sia nella docenza sia nel supporto amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA). Ciò in assenza di un termine vincolante per lo svolgimento dei concorsi, che permangono la condizione per l'immissione in ruolo. Alcuni giudici italiani hanno chiesto alla Corte di giustizia se tale re-

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

gime contrasti adeguatamente l'impiego abusivo del lavoro flessibile in coerenza con i vincoli sovranazionali europei in materia³⁶.

Il diritto europeo vuole porre un limite alla precarietà del lavoro dipendente³⁷. Fa però proprio un fattore dinamico. Ammette che il freno ai contratti a tempo determinato possa differire per ragioni obiettive da settore a settore, da categoria a categoria.

Nel pubblico impiego privatizzato, è prescritto che le pubbliche amministrazioni per le proprie esigenze ordinarie assumano personale solo con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tuttavia, «per rispondere a esigenze temporanee ed eccezionali» anch'esse possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa³⁸. Per contrastare gli abusi nell'impiego di personale precario, ogni anno, le amministrazioni redigono un rapporto analitico sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate. Tali informazioni sono inviate ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno, e anche al Dipartimento della Funzione pubblica che redige una relazione annuale per il Parlamento. Il dirigente che abbia abusato del lavoro a tempo determinato può incorrere nella mancata erogazione della retribuzione di risultato.

La violazione delle pubbliche amministrazioni di norme sull'assunzione o sull'impiego di lavoratori non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Vi osta la preclusione costituzio-

³⁶ La direttiva 1999/70/Ce dà forza giuridica all'Accordo quadro, concluso fra le organizzazioni intercategoriale CES, CEEP e UNICE, il cui obiettivo è il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato con strumenti che garantiscano la non discriminazione e la creazione di un quadro normativo che prevenga gli abusi derivanti dalla successione di tali forme flessibili di lavoro. Ai sensi della clausola 5 dell'Accordo quadro, gli Stati membri, per prevenire gli abusi, dopo aver consultato le parti sociali, introducono una o più misure volte a fissare: a) le «ragioni obiettive» per la giustificazione del rinnovo di tali contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti a tempo determinato successivi; c) il numero consentito dei rinnovi di tali rapporti o contratti. Gli ordinamenti nazionali devono adottare queste previsioni se sono privi di «norme equivalenti» e – aspetto importante – in modo da tener conto delle esigenze specifiche di settori e/o categorie di lavoratori. Su questo sia consentito rinviare a L. Saltari, *La precarietà del lavoro nella scuola pubblica italiana nel difficile dialogo tra le corti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 219 ss.

³⁷ Anche nella direttiva 91/533/Cee vi sono previsioni conferenti. Concernono gli obblighi d'informazione a favore del lavoratore sugli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro. Tra questi, vi è anche la precisazione circa il carattere temporaneo del contratto o del rapporto di lavoro e, quindi, la sua prevedibile durata (art. 2, par. 2, lett. e).

³⁸ Artt. 35 e 36, d.lg. n. 165/2001, come modificato dalla l. n. 102/2009 di conversione del d.l. n. 179/2009.

nale (art. 97 Cost.), costantemente ribadita dalla Consulta³⁹. Tuttavia, è previsto per il lavoratore il diritto ad ottenere un risarcimento del danno subito.

Rispetto ai lavoratori dipendenti del settore privato, l'art. 5, c. 4-*bis*, d.lg. n. 368/2001⁴⁰, emanato in attuazione della direttiva 1999/70/Ce, dispone che «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato».

I vincoli sovranazionali all'abuso del precariato sembrano trovare un solido ancoraggio nella disciplina lavoristica: tutela risarcitoria nella sfera pubblica, anche tutela costitutiva in quella privata.

In questo quadro, s'inserisce l'art. 10, c. 4-*bis*, d.lg. n. 368/2001⁴¹ che esclude dall'applicazione dell'art. 5, c. 4-*bis*, dello stesso decreto proprio «i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA). Ciò per garantire «la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato».

Il fondamento di questa previsione merita una riflessione.

Nella scuola, si pone il problema di far collimare lo stock degli insegnanti col flusso degli studenti, non perfettamente prevedibile. Se lo “stock” non si allinea al “flusso” in modo reiterato può determinarsi la disfunzione di avere insegnanti senza classi (con chiari inconvenienti di spesa) o classi senza insegnanti (con evidenti problemi di universalità del servizio ed efficienza). Da qui discende la necessità di ricorrere alle supplenze cioè a personale con contratto a tempo determinato.

La disciplina delle supplenze è nell'art. 4, l. n. 124/1999⁴². «Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro al data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile prov-

³⁹ Sul punto, si v. S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 617 s.

⁴⁰ Inserito dalla l. n. 347/2007; il decreto legislativo è stato modificato anche dal d.l. n. 112/2008.

⁴¹ Come modificato dall'art. 9, c. 18, d.l. n. 70/2011, convertito dalla l. n. 106/2011.

⁴² Come modificata dal d.l. n. 134/2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 167/2009.

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

vedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendono di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario»⁴³.

In base all'art. 1 del Decreto del Ministero della pubblica istruzione n. 131/2007 gli incarichi dei docenti e del personale ATA della scuola sono di tre tipi: a) supplenze annuali su posti vacanti e disponibili, in quanto privi di titolare; b) supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche, su posti vacanti, ma ugualmente disponibili; c) supplenze temporanee per ogni altra necessità, ossia supplenze brevi.

I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze in parola, necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo in caso d'immissione in ruolo, «ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla [l. n. 124/1999] e dall'art. 1, c. 605, lett. c) della l. n. 296/2006 e successive modificazioni».

L'immissione in ruolo del personale supplente⁴⁴ è regolata dagli artt. 399-401, d.lg. n. 297/1997⁴⁵. Ai sensi dell'art. 399, c. 1, del decreto: «l'accesso ai ruoli del personale della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti di cui all'art. 401». L'art. 401, c. 1-2, dello stesso decreto, dispone: «le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, sono trasformate in graduatorie permanenti, da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'art. 399, c. 1. Le graduatorie permanenti [...] sono periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che hanno su-

⁴³ Queste disposizioni si applicano anche al personale ATA.

⁴⁴ La cui posizione è appunto retta dall'art. 4, c. 14-bis, della l. n. 127/1999.

⁴⁵ “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione”.

perato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla graduatoria permanente di altra provincia. Contemporaneamente all'inserimento di nuovi aspiranti è effettuato l'aggiornamento delle posizioni di graduatoria di coloro che sono già compresi nella graduatoria permanente».

Senonché per la Corte Ue il diritto italiano è in contrasto con quello europeo. Il rispetto dei vincoli sovranazionali richiede la verifica concreta che il rinnovo di successivi contratti di lavoro a tempo determinato miri a soddisfare *esigenze provvisorie*. Ne discende che occorre escludere che la disciplina nazionale (art. 4, c. 1, l. n. 124/1999 letta insieme all'art. 1, d.m. n. 131/2007) sia utilizzata, in sostanza, per soddisfare bisogni permanenti e durevoli della scuola. In caso contrario, vi è ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato. L'esistenza di una "ragione obiettiva" non può, dunque, aversi se la flessibilità non sia impiegata per sopperire necessità provvisorie e temporanee. Poiché la normativa nazionale non fissa alcun termine preciso per lo svolgimento delle procedure concorsuali, dal momento che queste ultime dipendono dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione, ne deriva che l'immissione in ruolo dei supplenti dipende da circostanze aleatorie e imprevedibili.

E, dunque, «in assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza e, pertanto del limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante, è tale da consentire, in violazione della clausola 5, punto 1, lett. a), dell'Accordo quadro, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato».

Questa circostanza, spiega il giudice sovranazionale, è suffragata, oltre dai fatti emersi nei procedimenti principali, anche da altri elementi sottoposti alla Corte nella discussione (cui hanno preso parte le organizzazioni sindacali di categoria). Così, a seconda degli anni e delle fonti, risulta che il 30%, o addirittura, secondo il Tribunale di Napoli, il 61% del personale ATA delle scuole statali sia impiegato con contratti di lavoro a tempo determinato e che, tra il 2006 e il 2011, i docenti aventi tali contratti abbiano rappresentato tra il 13% e il 18% di tutti gli insegnanti in servizio nella scuola pubblica.

La Corte di giustizia, inoltre, argomenta che vincoli di bilancio determinano scelte di politica sociale di uno Stato membro e influenzano la na-

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

tura o la portata delle misure da adottare. Essi, tuttavia, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione nel ricorso abusivo al lavoro flessibile.

Considerata anche l'assenza di strumenti risarcitori, la normativa nazionale «non risulta prevedere, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, alcuna misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro».

Conclusivamente, per la Corte di giustizia la disciplina sovranazionale «deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale [ATA], senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti corrisponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato».

La pronuncia pregiudiziale europea ha contribuito ad ingenerare un movimento riformatore che è sfociato con l'approvazione della l. n. 107/2015⁴⁶.

Preliminarmente va osservato che il governo ha saputo resistere alla tentazione di "titolarizzare" precari con un provvedimento d'urgenza, come richiesto peraltro da molte parti (specie sindacali). Si è viceversa proceduto all'approvazione di un disegno di legge di riforma organica nel quale l'assunzione dei supplenti non è sganciata al rilancio dell'autonomia delle scuole nella formulazione dell'offerta formativa e alla responsabilizzazione dei dirigenti scolastici anche nella scelta degli insegnanti da mettere sotto contratto. La cesura maggiore rispetto all'assetto normativo precedente è la soppressione delle graduatorie a scorrimento e la costituzione di una pianta organica regionale che dovrà sostituire il precedente sistema giocato sulla

⁴⁶ F. Cortese, *Il menù della "buona scuola": istruzioni per l'uso*, in *nelMerito.com*, 4 giugno 2015.

pianta organica di diritto e di fatto. Dalle graduatorie si attingono più di centomila insegnanti che sono immessi in ruolo.

Si tratta di misure coerenti col disegno autonomistico della scuola. Coraggiosamente affermate nonostante una pugnace opposizione del mondo sindacale il quale, al di là delle ragioni di facciata, con l'abolizione delle graduatorie è estromesso dalla gestione del personale supplente. Personale che i motivi precedentemente illustrati potrà essere ridotto ma non eliminato completamente.

Nella legge è conferita la delega al governo di sistematizzare la normativa sulla scuola in un testo unico che potrebbe essere innovativo e non solo a legislazione costante. Questa previsione è molto rilevante. È la spia della consapevolezza della ormai intollerabile frammentazione e complessità delle disposizioni sulla scuola. È, altresì, sintomo della coscienza che quanto fatto, per quanto da valutarsi positivamente, è insufficiente.

5. Riformare ancora il modello italiano

Il meccanismo di reclutamento è stato insoddisfacente essenzialmente perché contraddittorio rispetto all'assetto autonomistico che il sistema nazionale d'istruzione possiede rispetto al resto. I ritardi nel compimento della transizione dal modello accentrato a quello autonomistico derivano da due fattori diversi. Il primo è il problema storico della "titularisation" del personale precario. Il secondo è legato all'equivoco di considerare il concorso nazionale, in linea astratta da ripetersi a cadenza costante, il metodo migliore per selezionare e mantenere il servizio il personale insegnante migliore e più meritevole.

Il sistema italiano oggi presenta alcuni *punti di forza*. Ha una formazione iniziale universitaria "lunga" *ad hoc*. A tale formazione è connesso un periodo formativo da svolgersi nel mondo delle scuole. Vi è con ciò la transizione definitiva alla tipologia dell'insegnante-professionista capace di condensare conoscenze teorico-disciplinari con esperienze altre conoscenze desunte dall'attività sul campo. Con questo passaggio si opera la definitiva radicale soluzione di continuità col retaggio idealista gentiliano, discutibile in sé e certamente incompatibile con le esigenze della scuola di massa. Inoltre, un approccio meritocratico nel reclutamento è riemerso nell'ultimo scorcio. Il riferimento è all'indizione del concorso svolto nel 2012 che, con le contraddizioni e i limiti evidenziati, comprova la volontà del decisore pubblico di non accondiscendere più al meccanismo automatico per anzianità di "perfezionamento" del reclutamento.

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

Vi sono, tuttavia, consistenti *punti di debolezza*. Il primo e più insidioso è dato dalla compresenza di insegnanti-professionisti (formati o in corso di formazione) e insegnanti lavoratori precari in cerca di stabilizzazione. Il secondo è l'iper-sindacalizzazione degli insegnanti, ingeneratasi negli anni Settanta e Ottanta, ma anche oggi persistente proprio per la presenza di categorie con un forte differenziale d'interesse. Il terzo è da rinvenirsi nella centralizzazione ministeriale nella gestione del reclutamento degli insegnanti che, fra altri inconvenienti, incrementa il pericolo che la strategia del reclutamento sia concepita sotto l'influsso di convenienze elettorali e non in funzione dell'incremento della qualità e della sostenibilità complessiva del sistema scolastico nazionale. Ne discende il quarto ossia la limitata competenza delle singole scuole nella gestione del personale insegnante che, peraltro, ha rappresentato una sconfessione dello statuto di autonomia. Su questo punto i nuovi poteri dati ai dirigenti scolastici sembrano orientarsi in coerenza coll'obiettivo dell'autonomia. C'è da segnalare che proprio avverso a queste maggiori prerogative di "governo del personale" allocate alla responsabilità delle scuole si è scagliata la maggiore opposizione dei sindacati degli insegnanti e di quelle forze politiche che sostengono tali posizioni. Un quinto fattore di debolezza è nel sistema amministrativo ovvero nella sua scarsa capacità nel complesso (Ministero dell'istruzione, università e ricerca, Ministero del lavoro, Regioni, Istat, Università, ecc.) di programmare con precisione il fabbisogno d'insegnanti da immettere nei percorsi formativi. Il sesto è nell'assenza di un periodo di una prova che condizioni l'accesso nei ruoli (che però si giustifica con la lentezza estrema del processo d'immissione che riguarda un personale che sovente "lavora" per la scuola già da molti anni). *Last but not least*, va menzionata la mancanza di un sistema di valutazione del lavoro svolto dagli insegnanti una volta immessi in ruolo, dai cui esiti dipenda la loro carriera (ciò anche per il basso livello retributivo medio).

Una riforma del sistema non può che misurarsi quindi con alcuni aspetti nodali quali: l'incremento della professionalità specifica del corpo degli insegnanti italiani per ottenere un innalzamento della qualità della scuola nel suo insieme; l'innalzamento e chiarificazione degli incentivi per gli insegnanti a impegnarsi costantemente nella carriera rifuggendo la logica garantistica ed egualitaria "da lavoro pubblico burocratico"; la tendenziale "neutralizzazione politica" del reclutamento rimesso a scelte di una pluralità di attori sia politici, sia tecnici che presiedono ad una programmazione del fabbisogno pluriennale del personale insegnante. È bene spiegare meglio. Alla politica rimangono scelte strategiche d'indirizzo per esempio quella fondamentale connessa alla definizione del rapporto tra studenti e inse-

gnanti che ha evidenti riflessi di finanza pubblica. Stabilita la *policy* la sua attuazione oggi non è de-centralizzata per ridurne la valenza in termini di rendimento clientelare elettorale.

Porre mano a questa disciplina ha notevoli costi politici ed economici. Intanto vi è una forte opposizione sindacale e delle parti politiche vicine al sindacato. In secondo luogo, c'è la necessità di reperire risorse finanziarie: i) per chiamare anche gli abilitati usciti dai nuovi percorsi formativi; ii) per “premiare” gli insegnanti capaci e laboriosi, in una fase di gravi ristrettezze di bilancio. In terzo luogo, è da prefigurarsi la resistenza dell'apparato ministeriale dell'istruzione a perdere il controllo della gestione del reclutamento degli insegnanti. A ciò è da sommarsi la probabile opposizione del Mef alla revisione del meccanismo di reclutamento: il decentramento verso le autonomie funzionali scolastiche infatti spiazza anche il Mef che con l'attuale meccanismo ha l'ultima parola sul contingente numerico di immissione in ruolo. Infine, possono sollevarsi dubbi sulla capacità degli istituti scolastici di poter assumere la gestione del personale docente in modo efficiente ed effettivamente teso all'incremento della qualità del corpo insegnante. Necessità di prevedere una non breve fase di transizione, meglio se anticipata da parziali esperienze sperimentali per comprendere i problemi, rivedere e correggere.

Al governo è conferita una delega per semplificare e coordinare tutte le disposizioni esistenti in tema d'istruzione⁴⁷. Questa si presenta come l'occasione propizia per continuare e completare l'azione riformatrice solo avviata.

6. Conclusioni

Può osservarsi conclusivamente che l'Italia arriva tardi a ritenere che quella dell'insegnante sia un'attività professionale. Vi ha ostato per un verso il retaggio idealistico gentiliano per il quale per insegnare è sufficiente sapere molto bene, per l'altro la tendenza all'assimilazione degli insegnanti al resto degli impiegati dello Stato.

Negli ultimi venti anni si è messo in movimento un processo di rinnovamento della formazione iniziale che ha condotto a un assetto simile a quello presente in altri stati avanzati, per il quale vi è un bilanciamento tra l'apporto dell'università e la professionalizzazione sul campo.

Rispetto al reclutamento il difetto maggiore è il seguente. Esso si è

⁴⁷ Art. 22, l. n. 107/2015.

il regime giuridico della formazione e il reclutamento degli insegnanti

avuto in modo caotico sovente sotto la pressione di esigenze e istanze estranee al potenziamento e al miglioramento della qualità del servizio scolastico. Nonostante le posizioni di facciata, ciò ha spinto alla marginalizzazione del concorso vero, quello per titoli ed esami, e all'ascesa di meccanismi di "titolarizzazione" del personale precario quale canale privilegiato per accedere alla carriera di insegnante. Questa tendenza risale addirittura al periodo post unitario e prosegue senza soluzioni di continuità sino a oggi.

È proprio la dicotomia tra i "precari storici" in cerca della stabilizzazione e la schiera di nuovi aspiranti insegnanti formati più a lungo e in modo più rigoroso, unita alla crisi fiscale che contrae le risorse disponibili, a rendere la riforma del sistema di reclutamento molto problematica per i suoi elevatissimi costi politici e sociali, oltre che finanziari.

Una soluzione per uscire dall'impasse può rinvenirsi nel rilancio dell'autonomia delle scuole correlata all'effettivo decentramento della gestione del reclutamento del personale scolastico. Questo sembra l'orientamento fatto proprio dell'ultimo legislatore. Ciò, anche per prevenire disfunzioni e abusi, dovrebbe coniugarsi all'attivazione di un sistema di valutazione costante degli insegnanti: che inizi con il loro ingresso nel percorso formativo iniziale e prosegua lungo il corso dell'intera carriera, come avviene in Francia e Inghilterra.

Questa ipotesi, qui riferita per ellissi, imporrebbe all'amministrazione ministeriale di "cambiar pelle" rispetto alla scuola. Si passerebbe da una funzione prevalentemente di gestione del personale a una di regolazione del sistema attraverso la determinazione di standard di cui verificare il rispetto.

Bibliografia essenziale

- Associazione Treelle, *Oltre il precariato. Valorizzare la professione degli insegnanti per una scuola di qualità*, Quaderno n. 6, Genova, 2006, p. 47.
- Cassese S., "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, in *Foro italiano*, 1990, V, 151.
- Cassese S., *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Foro it.*, 1991, V, 213.
- Cavalli A., *Gli insegnanti nella scuola che cambia*, Bologna, il Mulino, 2000.
- Cocconi M., *Diventare insegnanti: le nuove regole*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2011, 2011, 243.
- Cortese F., *Il menù della "buona scuola": istruzioni per l'uso*, in *nelMerito.com*, 4 giugno 2015
- De Geronimo A., *Diritto del lavoro dei docenti della scuola statale. Reclutamento, diritti, doveri, responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2012.

Dei M., *La scuola in Italia*, Bologna, il Mulino, 2012.

Fracchia F., *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, Giappichelli, 2008.

Gigante M., *L'amministrazione della scuola*, Padova, Cedam, 1988.

Abstract

Teachers' training and recruitment in Italy has represented a problem since the national unit. Recruitment policy was based more on the request of whom want to become a teacher than on the need of a school of quality. The proof is the massive use of non-permanent staff. However, this kind of situation is changed because of two reasons: the first is endogenous, the second it is induced by supranational European legal system. The training model, although slow, has aligned itself with best international standards. Recruitment based on the rankings were overcome by a judgment of the Court of Justice. It has involved a reform of the national recruitment and has granted the employment of many temporary workers (about one hundred thousand) and the abolition of such rankings.

ALDO SANDULLI

L'ARCIPELAGO DELLE UNIVERSITÀ NON STATALI

SOMMARIO: 1. La nozione di *universitas* e le trasformazioni del sistema universitario. – 2. La contraddizione tra omogeneità e sfilacciamento del sistema e l'introduzione di meccanismi di competizione tra atenei. – 3. Caratteri e regime giuridico delle università non statali. – 4. Caratteri e regime giuridico delle università a distanza. – 5. Conclusioni.

1. La nozione di *universitas* e le trasformazioni del sistema universitario

La nozione di *Universitas* è profondamente mutata nel corso dei centocinquanta anni dell'unità d'Italia. Essa si è evoluta gradualmente in direzione pubblicistica ed egualitaria verso la fine dell'Ottocento e nel corso di buona parte del Novecento, per poi subire, a seguito della crescente introduzione di meccanismi competitivi, una radicale mutazione, tuttora in corso, nel volgere dell'ultimo quarto di secolo.

Quest'ultima torsione è stata talmente violenta da spingere Paolo Grossi, dopo l'adozione della riforma Berlinguer-Zecchino (che ha introdotto il 3+2 e i "famigerati" concorsi locali), a denunciare l'irrimediabile snaturamento del volto essenziale dell'Università: «Oggi, di Università rischia di restare soltanto il nome, e sarebbe stato un atto di coraggio e di lealtà da parte dei Ministri sopraddetti di cancellare quel nome che si identificava in una precisa e peculiare tradizione. Dunque veramente si può oggi dire: c'era una volta l'Università. (...) All'Università si fa scienza; l'Università, o è fucina di scienza e fornitrice di ricerca scientifica, o non è, o è altra e ben diversa cosa» [Grossi, 1999, 1141].

Quella riforma universitaria inseguiva l'Europa sul numero dei laureati: come se la ricchezza delle Nazioni fosse data dalla quantità senza la qualità del sapere scientifico. Oggi, a distanza di tre lustri, possiamo vantare il seguente dato (Anagrafe degli studenti MIUR 2015): nel solo Mezzogiorno d'Italia, nel corso degli ultimi dieci anni, vi sono stati 45mila immatricolati in meno negli Atenei (-27,5% di media nazionale; -56% in Sicilia;

-52% in Abruzzo e in Sardegna). Si tratta di una disfatta scientifica e della distruzione del tessuto culturale di una Nazione.

È ben noto il tragitto che ha compiuto l'Università italiana nella parte centrale del Novecento, in direzione sia dell'unità sia del pluralismo: da un lato, tramite lo sviluppo di un sistema statale dell'istruzione superiore; dall'altro, attraverso la trasformazione dall'università di stampo humboldtiano in università di massa. Trasformazione che se ha modificato l'idea di comunità scientifica universitaria e di accademia, ha però consentito, in applicazione del principio di eguaglianza sostanziale, la concretizzazione di quello che è stato definito lo Stato pluriclasse. Allo stesso modo, è noto il percorso che, sul piano organizzativo, dal governo statale dell'università ha condotto alla concessione di un certo grado di autonomia agli atenei, in attuazione dell'art. 33, ultimo comma, della Costituzione. Su questa parte della storia dell'Università in Italia è stato scritto molto e alle testimonianze principali di tale percorso si può qui rinviare [per una sintesi, si v., in particolare, Finocchi Ghersi R., 2003; Merloni F., 2006; Barbati C., 2013].

Conviene invece concentrare l'attenzione sull'ultimo quarto di secolo, quello del cambiamento del paradigma, perché ciò consentirà, *a contrario*, anche di vagliare la capacità di tenuta delle caratteristiche del modello tradizionale.

2. La contraddizione tra omogeneità e sfilacciamento del sistema e l'introduzione di meccanismi di competizione tra atenei

Sono tre i fenomeni di trasformazione più significativi che hanno caratterizzato l'università italiana nel corso degli ultimi anni.

In primo luogo, la crescita esponenziale del numero di università, che non pare ancora arrestarsi, nonostante la crisi di iscrizioni di cui si diceva innanzi; in secondo luogo, la contraddizione tra l'omogeneità della disciplina generale e le pericolose lacune in cui cercano di insinuarsi i nuovi soggetti che operano nel mondo universitario; in terzo luogo, l'introduzione di meccanismi competitivi tra atenei, che sta modificando il modo con cui diffondere conoscenze scientifiche.

2.1. Circa il primo profilo, un evidente segno di sfilacciamento del sistema è costituito dalla moltiplicazione del numero degli Atenei. Nel 1923, all'inizio del ventennio fascista in Italia vi erano 22 Università: 10 statali pienamente finanziate dallo Stato, 8 statali che ricevevano un finanziamento annuale dallo Stato, 4 libere (Camerino, Ferrara, Perugia, Urbino: oggi tutte

l'arcipelago delle università non statali

statali). Nel secondo dopoguerra vi è stata una graduale crescita soprattutto delle università statali: fino al 1990 le università erano 64. Ma è nell'ultimo quindicennio che il numero è ulteriormente e disordinatamente cresciuto: nel 2013 si contavano 96 università (67 statali, 18 non statali, 11 telematiche). Nel corso degli ultimi venti anni, senza contare le telematiche, si è raddoppiato il numero delle università non statali. E pare che sia alle porte l'istituzione di ulteriori atenei non statali, con richieste di accreditamento che provengono anche da fuori dei confini nazionali.

Bisogna poi considerare che il numero di Atenei rappresenta soltanto la punta dell'iceberg, poiché ancora più numerose sono le sedi decentrate delle università, spesso talmente spoglie e prive dei necessari strumenti di ricerca da conservare soltanto il nome di università: ne ha risentito la qualità complessiva della funzione di trasmissione di scienza e conoscenza.

Se a ciò si aggiunge che i finanziamenti per il sistema di istruzione superiore sono andati costantemente diminuendo nel corso dell'ultimo quindicennio e che l'Italia spende soltanto lo 0,8% del PIL a tale scopo, a fronte dell'1,4% della Germania e dell'1,3% di Francia, Gran Bretagna e Stati Uniti, se ne ricava un quadro fosco della situazione.

2.2. In ordine al secondo profilo, la schizofrenia del legislatore del terzo millennio è plasticamente rappresentata da una disciplina di settore che, a seguito della riforma Gelmini, ha ecceduto nella riconduzione a dinamiche unitarie e neo-centraliste, da un lato, ma ha dall'altro consentito di eccedere nella deregolazione e nello sfrangiamento, dall'altro.

Da un lato, la legge Gelmini ha sostanzialmente eliminato l'autonomia universitaria, che pure ha un fondamento costituzionale. Lo ha fatto investendo, tra l'altro, anche le università non statali, che ne dovrebbero godere, per così dire, per natura, anche a prescindere dalla previsione costituzionale. A parte gli spazi in tema di organizzazione (in particolare, di *governance*), alle università non statali si applica, come è noto, la disciplina delle università statali ove compatibile: se ne deduce ulteriormente che il sistema universitario nel suo complesso è ormai caratterizzato da eccessiva uniformità ed omogeneità ed è costruito su un edificio normativo realizzato come sempre pensando ai grandi atenei (i quali stanno anch'essi dimagrendo quanto a numero di iscritti).

Dall'altro, accade che a un gruppo di atenei, le c.d. università a distanza o telematiche, è consentito di operare quasi in assenza di normativa specifica le disposizioni che ne regolano i profili strutturali e funzionali, difatti, si contano sulle dita di una mano. Per il resto, tutto è demandato alle deliberazioni dell'ANVUR e alle pronunce dei giudici.

Vi è anche da riconoscere che l'autonomia universitaria, faticosamente conquistata dalle università statali soltanto negli anni Novanta del secolo scorso, è stata esercitata in modo pessimo dagli Atenei (attraverso una allegra gestione delle risorse finanziarie e delle modalità di reclutamento del personale); sicché, come avviene in tutti i casi di disequilibrio, si è proceduto alla surrogazione del soggetto locale inidoneo da parte del centro, conculcando un carattere dell'*universitas studiorum*, l'autonomia funzionale, garantito dalla carta costituzionale.

D'altra parte, già Silvio Spaventa, nel celebre discorso del 1884 [Spaventa, 1884], aveva messo in guardia sul modo di intendere l'autonomia universitaria. La quale non va considerata in termini di sovranità degli Atenei: la panacea delle disfunzioni dell'Accademia, diceva Spaventa, non risiede nella sostituzione integrale dell'azione amministrativa del corpo universitario a quella del Parlamento e del governo; e, soprattutto, non può immaginarsi una organizzazione universitaria fine a sé stessa, che prescindendo dagli scopi propri di tale istituzione, che sono la formazione degli studenti e l'avanzamento del sapere scientifico. Per alcuni decenni l'università italiana ha vissuto più per riprodurre sé stessa, sotto il profilo strumentale, del personale docente e tecnico amministrativo, e per rafforzare il potere dei Rettori, piuttosto che operare, sul piano finalistico, in favore dei propri *stakeholders*, come si direbbe in gergo economico. E colpisce che il risultato finale della riforma sia stato, attraverso il ruolo fondamentale svolto dalla CRUI nell'elaborazione della normativa, la trasformazione dei Rettori in "feudatari" [in tal senso, Merloni F., 2010; Battini S., 2011].

2.3. Per quanto riguarda il terzo profilo, è stata introdotta negli ultimi anni (in particolare, con la riforma Gelmini), una serie di meccanismi competitivi, che stanno incentivando l'attivazione di dinamiche concorrenziali tra atenei.

Non si ha lo spazio qui per soffermarsi adeguatamente su tali profili, ma è ovvio che l'introduzione di tali meccanismi sta profondamente incidendo sul modo di concepire l'università e di fare didattica e ricerca scientifica: si pensi, tra gli altri, all'entrata in funzione di un sistema di valutazione della didattica e della ricerca; allo sviluppo di forme di incentivazione e premiali nel finanziamento (tra l'altro, drasticamente calato nel corso degli ultimi anni); all'applicazione di dinamiche aziendalistiche in seno agli atenei; alla moltiplicazione di indicatori che mirano alla distinzione tra università (di serie A e di serie B), con la conseguente deriva di alcune verso compiti quasi esclusivamente di *teaching universities*; alla modifica del rapporto nu-

merico tra università statali, non statali e telematiche [su questi profili, da ultimi, Colombini G., 2013; Piperata G., 2014].

3. Caratteri e regime giuridico delle università non statali

Data questa premessa generale, è parso che il vario e articolato arcipelago delle università non statali possa costituire un punto di osservazione significativo per ragionare sulle trasformazioni del sistema universitario.

Occorre prendere le mosse dalla disciplina normativa delle università non statali.

Sotto il profilo normativo, i punti di riferimento sono il R.d. 31 agosto 1933, n. 1592, e la l. 29 luglio 1991, n. 243.

Ai sensi dell'art. 1, R.d. n. 1592/1933, l'istruzione superiore è impartita, oltre che dalle università statali, dagli istituti superiori liberi. Questi ultimi hanno, come le prime, personalità giuridica, autonomia amministrativa, didattica e disciplinare, svolta sotto la vigilanza dello Stato (ma sul grado di autonomia si v. ormai l'art. 6, l. n. 168/1989 e l'art. 1, l. n. 240/2010). L'art. 198 dispone che l'ordinamento delle università libere deve essere conforme alle norme del testo unico. L'art. 200 prevede che il Ministero competente è deputato ad approvare lo statuto delle università libere, assieme a un piano finanziario. L'art. 212, infine, stabilisce che le università libere o alcune loro Facoltà o Scuole possano essere soppresse quando sia stata accertata l'insufficienza dei mezzi finanziari o del materiale didattico di cui dispongono, ovvero per ragioni inerenti all'interesse generale degli studi o alla distribuzione territoriale degli istituti di istruzione superiore.

L'art. 1, n. 243/1991 prevede che «le università e gli istituti superiori non statali legalmente riconosciuti operano nell'ambito delle norme dell'art. 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione universitaria in quanto compatibili».

Al personale docente delle università non statali, infine, si applicano le disposizioni sul reclutamento e sullo *status* giuridico contemplate dalla l. n. 240/2010.

Tra gli atenei non statali: vi sono atenei di tradizione storica e di nuova costituzione; atenei che vantano una origine di tipo totalmente pubblicitario, di solito legata agli enti locali, miste pubblico-privato oppure che derivano da iniziativa esclusivamente privatistica; atenei laici e di tendenza o ideologicamente orientate; atenei che hanno alla base una fondazione privata finanziatrice che sostanzialmente ne guida le sorti o che invece hanno

assetto diversi; atenei che puntano molto sulla ricerca e meri esaminifici; e così via.

Tra tante incertezze, quella principe riguarda la natura e il regime giuridico: le università non statali sono pubbliche o private?

Qui sembra opportuno partire dalla seguente premessa: che non è più possibile ricostruire la nozione di *universitas* sulla base di una sorta di riserva costituzionale di ente pubblico [è la tesi sostenuta da Ferrara L., 1994]. Quello della necessaria pubblicità è un tema molto dibattuto, su cui continua a indulgere la giurisprudenza e che talora fa comodo all'amministrazione o all'università stessa cavalcare: ma che ormai è risolto nei fatti, nel senso che è del tutto evidente che il sistema universitario è ormai partecipato anche da università private. Pur non potendosi di per sé escludere che alcune università non statali possano essere qualificate di natura pubblicistica: ciò sulla base delle caratteristiche specifiche dell'ente, ma non in via pregiudiziale. In sostanza, vi è una nozione di università pubblica che attraverso trasversalmente le università statali e non statali. È abbastanza significativo che nell'elenco Istat siano contemplate le Università della Valle d'Aosta, di Bolzano e di Enna Kore.

Certo, vi sono sintomi che fanno pensare ad elementi di pubblicità. Il riconoscimento delle università è opera dello Stato e, in particolare, avviene con decreto ministeriale. È lo Stato, dunque, che decide l'ampiezza e i caratteri della nozione di *universitas* e che istituisce gli atenei e li autorizza a rilasciare titoli di studio aventi valore legale. Allo stesso modo, lo Stato può decidere di sopprimere un ateneo non statale: ad esempio, se l'ANVUR valuta negativamente la didattica e la ricerca [Gigliani F., 2014]. Ma ciò potrebbe essere determinato dal profilo funzionale (il rilascio di titoli di studio aventi valore legale) piuttosto che da quello relativo al regime giuridico.

Nella direzione delle università statali come arcipelago e, quindi, come insieme disordinato, non connaturato da medesimi e ontologici caratteri strutturali e funzionali, sono andate, di recente, tre sentenze del Tar Lazio (sez. III, 15 giugno 2015, n. 8374, n. 8375, n. 8376), che hanno optato prevalentemente per la natura privatistica, segnalando l'esigenza di un'analisi caso per caso da operare in relazione a tale insieme.

Come è noto, in precedenza la giurisprudenza si era nettamente divisa in due orientamenti: il primo aveva optato per la natura di ente pubblico non economico delle università non statali; il secondo si era schierato per la natura privatistica delle stesse.

Da un lato, si è sostenuto che siano riscontrabili una serie di indici di pubblicità quali il fine pubblico, il controllo statale, i poteri certificativi e disciplinari, il valore legale dei titoli di studio (si v., in particolare, Cass., sez.

l'arcipelago delle università non statali

un., n. 5054/2004, in un caso relativo al riconoscimento delle pretese economiche di ricercatori della Luiss).

Talune decisioni (Cons. St., III, n. 841/2010, secondo cui tali soggetti non possono ricorrere a trattativa privata per appaltare servizi di ambulanza e trasporto infermi, e Cons. St., n. 2660/2015, secondo cui il consorzio universitario Cineca non può ricevere affidamenti diretti di servizi informatici da parte dell'Università della Calabria; v. anche Cons. St., VI, n. 5522/2012; Tar Lombardia, IV, 6 settembre 2011, n. 2158) hanno qualificato le università non statali legalmente riconosciute (nella specie la Università Cattolica del Sacro Cuore, Policlinico Gemelli) quali organismi di diritto pubblico, imponendo pertanto le procedure di evidenza pubblica di derivazione comunitaria per la scelta del contraente. Esse rientrano, pertanto, nella nozione di "amministrazione aggiudicatrice", assoggettata al rispetto del codice dei contratti pubblici.

La sussistenza di un finanziamento pubblico in via ordinaria *ex l. n. 243/1991* ha spinto taluno a ritenere che questi enti possano essere soggetti al controllo successivo di gestione da parte della Corte dei conti. E sul presupposto della natura di ente pubblico non economico, esse sono state considerate assoggettate alla giurisdizione contabile in relazione ai danni causati all'ente di riferimento da un professore universitario (Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, n. 477/2010: in caso di omesso versamento di introiti per prestazioni intramurarie).

L'ANAC, in una recente deliberazione (n. 144/2014), ha rilevato che anche alle università non statali si applicano gli obblighi di trasparenza previsti dal d.lgs. n. 33/2013, in particolare quello relativo alla pubblicazione sul sito delle denunce dei redditi dei componenti degli organi di vertice (di indirizzo politico) degli atenei. Sul punto il giudice amministrativo di primo grado ha escluso che gli atenei non statali siano tenuti ad attuare tale delibera in quanto pubbliche amministrazioni, ma non ha di per sé escluso che le stesse debbano sottostare a buona parte della disciplina sulla trasparenza in quanto c.d. enti privati in controllo pubblico.

Dall'altro lato, pur in presenza di taluni sintomi pubblicistici, vi sono pronunce che hanno evidenziato come le stesse non siano sufficienti, di per sé, per una qualificazione pubblicistica di tali soggetti (tra le altre, Cass. civ., sez. lavoro, n. 14129/1999; Tar Lazio, III, n. 351/2005; Tar Lazio, II, n. 3971/2013; Cons. St., VI, n. 2660/2015), dovendosi invece «tendere a garantire ed assecondare le aspirazioni delle figure soggettive, sorte nell'ambito dell'autonomia privata, di vedersi riconosciuta l'originaria natura, nel rispetto della volontà espressa dai soci fondatori (in questo senso, Corte costituzionale, 24 marzo 1988, n. 396), essendo tale esigenza imposta dal prin-

cipio pluralistico che ispira nel suo complesso la Costituzione garantendo le iniziative private anche in ambiti di interesse pubblico» (si v., in tale direzione, Tar Lazio, III, nn. 1874, 1875, 1876/2015).

Queste più recenti pronunce del giudice amministrativo hanno nuovamente valorizzato la nozione statica e formalistica di pubblica amministrazione, mettendo anche in luce come la nozione funzionale finisca per porsi in contrasto con il principio di certezza del diritto (Cons. St., VI, n. 2660/2015). Se è il dato formale quello su cui fondarsi, ai sensi della l. n. 70/1975, «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge»; e la più recente giurisprudenza ha optato anche per il superamento degli indici rivelatori della pubblicità, ritenendo che tale natura debba necessariamente doversi dedurre da un quadro normativo di riferimento chiaro e inequivoco (Tar Lazio, III-ter, n. 12232/2014).

Ad avviso delle recenti sentenze del Tar Lazio, tale quadro chiaro e inequivoco non pare rinvenibile, anzi l'art. 1, l. n. 243/1991, laddove si stabilisce che i principi della legislazione in materia universitaria si applichino alle università non statali in quanto compatibili, costituisce un argomento ulteriore che depone per la reiezione dell'ontologica pubblicità e per la necessità di valutare caso per caso la natura dell'ente. E si segnala anche l'esigenza di non diversificare tra università non statali e istituzioni scolastiche paritarie (circa le quali non si discute della natura privatistica).

A tal fine, le sentenze in oggetto procedono a valutare la presenza di specifici elementi che diano indicazioni, caso per caso, in ordine alla natura: tra gli altri, la fondazione per iniziativa di soggetti privati; la menzione nell'elenco ISTAT; il potere di nomina, da parte di soggetti pubblici, di membri nel consiglio di amministrazione; l'entità del finanziamento pubblico; e così via.

Questa analisi capillare mette di fronte a un panorama frastagliato e disomogeneo: in linea di massima, tra le università non statali, le Università della Valle d'Aosta, di Bolzano e di Enna Kore sembrerebbero più vicine a una qualificazione pubblicistica; mentre gli altri atenei non statali sembrerebbero qualificabili tra i soggetti privati che esercitano funzioni e servizi pubblici.

Se ne deduce, in particolare, che quella di “università non statale” è una non definizione o, meglio, una definizione per esclusione: serve a dire ciò che non è, piuttosto che ciò che è. Perché si tratta di un gran calderone, al cui interno occorre principalmente distinguere.

4. L'istituzione delle università a distanza e la loro disciplina normativa

In seno alla prismatica nozione di università, si è inserita da alcuni anni una nuova categoria, quella delle università telematiche o a distanza. In ordine a tali atenei, si tratta di capire se esse possano essere annoverate tra le università non statali o se facciano parte di una categoria distinta e a sé stante.

Alcuni indizi porterebbero a propendere per la prima ipotesi: alcune telematiche (Marconi, Uninettuno, Pegaso, Cusano, San Raffaele, Giustino Fortunato, Universitas Mercatorum), ad esempio, accedono al fondo di finanziamento per le università non statali. In tal senso, significativo è poi l'art. 12, comma 3, l. n. 240/2010, come modificato dall'art. 49, comma 1, lett. e), l. n. 35/2012, che esclude l'estensione dell'applicazione di alcune disposizioni relative al finanziamento delle università non statali alle telematiche, «ad eccezione di quelle che sono già inserite tra le università non statali legalmente riconosciute».

Ma vi sono altri elementi che potrebbero indurre ad optare per la tesi opposta: ad esempio, l'accREDITAMENTO delle sedi e dei corsi delle università telematiche è diverso rispetto a quello degli altri atenei, proprio in virtù del tipo di insegnamento impartito (a distanza). Ciò implica che l'accREDITAMENTO delle sedi delle università telematiche, proprio per la natura "etera", è soggetto a minori vincoli e requisiti rispetto a quello delle università accreditate all'insegnamento frontale (il che implica che esse non possano tenere didattica in presenza: cfr. Tar Lazio, III-bis, 7 settembre 2015, n. 11077); e la stessa natura "volatile" delle università a distanza fa sì che esse non siano strettamente collocabili in una sede fisica e territoriale (ciò spiega, tra l'altro, il motivo per cui esse non siano ammesse alla partecipazione nei Comitati delle università di ciascuna regione).

Il dato abbastanza preoccupante è che la normativa delle telematiche, o università a distanza, poggia sulla sabbia. Un articolo di legge piuttosto scarno, art. 26, comma 5, l. n. 289/2002, che richiama le università non statali legalmente riconosciute; un breve decreto ministeriale istitutivo del 17 aprile 2003; il d.m. n. 47/2013, che disciplina in particolare l'accREDITAMENTO delle sedi e dei corsi delle telematiche; quasi più nulla, se non, più di recente, delibere ANVUR e sentenze dei giudici. La "liquidità" della disciplina consente a tali soggetti di insinuarsi negli interstizi.

Per lungo tempo si è detto che il carattere precipuo delle telematiche sarebbe quello di erogare servizi didattici: dunque, esse non farebbero ricerca, in piena rottura con la tradizionale nozione di *universitas*. Ma alcuni

atenei telematici hanno avuto accesso ai fondi pubblici per la ricerca e altri sono stati individuati quali sedi per dottorati di ricerca: sicché diviene assai difficile negare la circostanza che essi svolgano anche attività di ricerca. Anche se, si sostiene, la ricerca è complementare, non costituisce elemento essenziale degli atenei telematici, nel senso che l'assenza di attività di ricerca non sarebbe suscettibile di far venire meno la qualifica di università telematica.

Rientrano, allora, a pieno titolo nella nozione di università?

Se così fosse, la nozione di università, per come la conosciamo, non sarebbe più la stessa e resterebbe legata, pressoché in via esclusiva, alla erogazione di titoli di studio aventi valore legale. Ciò sta avvenendo anche in virtù della tendenza delle telematiche a “forzare” i vincoli normativi, anche in virtù della scarsità e liquidità della disciplina, delle incertezze attuative degli organi di vertice dell'amministrazione centrale (che talvolta consente aperture eccessive), e della giurisprudenza ondivaga.

C'è sicuramente uno zoccolo duro di regole che si devono necessariamente applicare anche alle telematiche.

Significativa, ad esempio, è una sentenza del Tar Lazio, sez. III, n. 6682/2014, sull'esercizio del potere sanzionatorio di un ateneo telematico, la quale prende le mosse dal fatto che anche alle telematiche sia pienamente applicabile l'art. 1, l. n. 240/2010: sede primaria di libera ricerca e di libera formazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti e luogo di apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze; combinazione organica di didattica e ricerca, per il progresso culturale, civile ed economico della Repubblica; ispirazione a principi di autonomia e responsabilità.

Significative anche le ordinanze n. 542 e 544/2014 del Consiglio di Stato, sez. VI, secondo cui lo stato giuridico ed economico dei professori e dei ricercatori universitari delle telematiche non può essere diverso da quello delle università statali e non statali (pertanto, i docenti delle telematiche non possono essere “presi prigionieri” e fungere da call center in seno a un ateneo telematico), perché verrebbe leso il principio costituzionale della libertà della scienza. L'unica nota eccezione per le università non statali può riguardare semmai quelle di tendenza (si rinvia ai celebri casi Cordeiro e Lombardi Vallauri).

Il nodo cruciale consiste però nella *mission* degli atenei a distanza. Non ci si può nascondere che il fine di questi atenei (o, meglio, di una buona parte tra essi) non sia tanto di contribuire al progresso culturale, civile ed economico della Repubblica, ma di operare con fini essenzialmente lucrativi (ciò, quantomeno, in via di fatto, anche se, sotto il profilo normativo, le telematiche dovrebbero essere istituzioni *no profit*). Questo elemento risul-

I'arcipelago delle università non statali

terebbe dirimente in ordine alla nozione di *universitas* e alla sua metamorfosi.

La contrapposizione, sin qui, si è sempre mossa lungo la dicotomia pubblico/privato. Adesso potrebbe essersi spostata, si ripete, in via di fatto, lungo altri confini, quelli tra fine di lucro/non fine di lucro. E, comunque, come ricordato innanzi, con dinamiche funzionali ben diverse rispetto al passato: con la netta diminuzione dei finanziamenti pubblici, sono andati accrescendosi i meccanismi competitivi tra le università e la corsa all'accesso ai finanziamenti privati. E la natura di enti essenzialmente lucrativi di alcuni atenei comporterebbe la definitiva mutazione del "genere" *universitas*.

Ciò, come si è ricordato, nonostante che le regole generali per le università affermino la non lucratività della istituzione universitaria, sotto due angoli prospettici differenti: come divieto di distribuzione di utili; come divieto di svolgere attività economiche non strettamente strumentali alle sue funzioni. Entrambi i divieti convergono nel limitare ogni attività economica della stessa al reperimento delle risorse necessarie ai propri fini istituzionali di insegnamento e ricerca. Per converso, peraltro, va registrato che la sentenza Corte di Giustizia della Comunità Europea, sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, aveva legittimato la partecipazione di un consorzio universitario a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: ma la dottrina italiana, per il momento, ne ha adattato, per così dire, gli effetti al modello nazionale, ridimensionandola.

Fatto sta che la presenza di questi nuovi tipi di università pone di fronte a interrogativi neppure articolabili fino a qualche anno fa: un ateneo, a prescindere dalla soppressione da parte del Ministero, può fallire? E che fine fanno i docenti strutturati assunti da quell'ateneo? Università private straniere sono legittimate ad accedere al "mercato" universitario italiano? Nel rispetto del vincolo della natura *no profit* delle università straniere autorizzate ad aprire una sede in Italia è possibile, almeno in parte, "remunerare" l'investimento dell'impresa che tale università istituisca e gestisca (ad esempio, attraverso la locazione di beni, la fornitura di servizi, la concessione di licenze o del marchio)(si v. il caso della Link University, su cui Elefante F., 2015, relativo al riconoscimento di atenei o sedi che costituiscono generazione di università straniere, spesso dell'Est europeo).

Circa quest'ultimo profilo, la qualificazione di organismi di diritto pubblico, di cui si è detto in precedenza (*a fortiori* valevole per le università telematiche) escluderebbe la legittimità di contratti, che (al di là dei casi della locazione di immobili e della concessione di diritti coperti da privativa, che potrebbe avvenire in forma diretta), si atteggiassero ad appalti di servizi, tra università privata e società istitutrice o di controllo in difetto di gara pubblica.

Per superare tale vincolo la strada intrapresa da talune telematiche è consistita nell'inclusione delle attività della società commerciale istitutrice o controllante nello Statuto dell'università. In tale forma il legame tra i due enti viene istituzionalizzato e la approvazione da parte del MIUR vale a ricondurre all'approvazione dello statuto in sede ministeriale ogni ipotetica questione in ordine agli affidamenti.

5. Conclusioni

Al termine del percorso, si ritiene di essere giunti ad alcune, seppur parziali, conclusioni.

La nozione di *universitas*, lentamente ma costantemente indirizzatasi in senso pluralistico ed universalistico nel corso del primo secolo della storia d'Italia, ha subito una brusca mutazione nel corso dell'ultimo quarto di secolo, con l'introduzione di meccanismi competitivi e, talvolta, lucrativi. Ciò sta conducendo al superamento della c.d. università di massa e al sorgere di nuove divaricazioni sociali fondate sul grado di istruzione.

All'interno della nozione di università, la distinzione tradizionale tra università statali e non statali resta rilevante soltanto a taluni limitati fini (pur significativi: tra cui, principalmente, quello dell'accesso al finanziamento pubblico e quello della ontologica autonomia organizzativa). Per il resto, la nozione di università non statale sembrerebbe costituire una non nozione, nel senso che nel suo ambito si raccolgono realtà talvolta molto diverse tra loro: essa è una gran calderone, che consente di dire ciò che non si è, ma non ciò che si è.

Un regime a sé stante pare caratterizzare le c.d. università a distanza, la cui disciplina è tuttavia eccessivamente liquida e volatile. Sfruttando tali incertezze normative, le università telematiche tentano di ampliare le loro prerogative, fuoriuscendo dall'angusto territorio che era stato loro assegnato sotto il profilo del "mercato" di riferimento e cercando di forzare il limite del divieto di fine lucrativo.

Questi elementi, accanto ad altri meccanismi competitivi introdotti nel corso dell'ultimo ventennio, hanno profondamente inciso sulla nozione di *universitas*, che è ormai completamente destrutturata sia rispetto a quella elitaria humboldtiana sia rispetto a universalistica degli anni Sessanta e Settanta.

Ciò che si tratterebbe di capire, alla fine del tragitto, è se questo tema, dell'università, costituisca l'ennesimo sintomo della fine di un tragitto, quello della tutela statale dell'istruzione universitaria, per cui il lento ma co-

stante spostamento verso il mercato e la concorrenza sia da considerare il costo della destatalizzazione del servizio, ovvero se, alla base, vi sia una propria specifica deviazione distorsiva della funzione, che stia facendo virare verso una deriva economicistica un'area di attività che dovrebbe essere necessario preservare dagli sconfinamenti di soggetti mossi da finalità lucrative.

Ma su questo, la risposta potrà arrivare, più che dalla presente ricerca, dal percorso dei prossimi anni, che ci si augura in grado di assicurare una crescita del livello culturale del Paese superiore a quelli appena trascorsi.

Nota bibliografica

La frase di Paolo Grossi citata nel testo è tratta da P. Grossi, *C'era una volta l'Università in Italia*, in *Quad. fior.*, 1999, 1141.

Il celebre discorso di Silvio Spaventa sull'autonomia universitaria è in S. Spaventa, *L'autonomia universitaria* (Camera dei Deputati, 23, 26, 28 gennaio e 25 febbraio 1884), in Id., *La politica della Destra. Scritti e discorsi raccolti da Benedetto Croce*, Bari, Laterza, 1910, 341 ss.

Per la ricostruzione del percorso evolutivo che ha condotto al conferimento di un certo grado di autonomia agli Atenei, in attuazione dell'art. 33, ultimo comma, Cost., v., tra gli altri, S. Cassese, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 755 ss.; F. Merloni, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990; W. Gasparri, *Università degli Studi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2000, 617 ss.; R. Finocchi Ghersi, *Le università*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2 ed., 2003, 1349 ss.; F. Merloni, *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 581 ss.; Id., *Università*, in *Diz. dir. pubbl.*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, 6103 ss.

Sulla riforma universitaria del 2010, tra gli altri, *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, vol. I, a cura di M. D'Orsogna, E. Gueselin, S. Cimini, A. Di Sciascio, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; vol. II e III, a cura di G. Colombini, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; *L'università e la sua organizzazione*, a cura di G. Piperata, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

In relazione all'accentramento dei poteri di governo universitario nelle mani dei rettori a seguito dell'entrata in vigore della riforma Gelmini si v., tra gli altri, F. Merloni, *Il Rettore nell'assetto di governo delle università italiane. Ruolo, funzioni e imparzialità*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 703 ss.; id., *La riforma dell'università. La nuova governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 353 ss.; S. Battini,

La nuova governance delle Università, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 359 ss.

Sulla natura giuridica delle università non statali si v., in particolare, L. Ferrara, *Le università "libere": enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 1994, 276 ss. Si v., inoltre, di recente, soprattutto C. Barbati, *La natura e il regime giuridico delle università e degli enti pubblici di ricerca*, in *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti di ricerca. Vincoli e opportunità*, Bologna, il Mulino, 2013, 15 ss.; F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, in *L'università e la sua organizzazione*, a cura di G. Piperata, cit., 37 ss.

Sulle università telematiche, si v., tra gli altri, oltre ai citati contributi di Barbati e Giglioni, F. Elefante, *University Business in Italy. Tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi*, in *Munus*, 2015, 159 ss.

Abstract

The purpose of this article is to investigate the articulated constellation of private universities in the light of both the law reforming Italian universities enacted in 2010 and its implementation by the courts.

The article shows how nowadays the concept of "non public universities" encompasses a wide variety of institutions, sometimes very different one from the other, so that it is necessary to identify the characteristics of the single institution case by case.

In this landscape, a special position is held by online universities, which are governed by a very loose and scattered legislation, being most of their regulation delegated to the decisions of the National Agency for the Evaluation of Universities and Research Institutes (Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca-ANVUR) and of the administrative courts.

MONICA COCCONI

LA NATURA NON NEUTRALE DEI METODI E DEGLI ATTORI DELLA VALUTAZIONE ISTITUZIONALE DELL'ATTIVITÀ DI RICERCA SCIENTIFICA

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'introduzione di una valutazione istituzionale dell'attività di ricerca svolta dagli Atenei. – 2. Modelli di valutazione e culture amministrative. – 3. Il come valutare ovvero dei difetti e dell'assenza di neutralità dei metodi quantitativi. – 4. Il necessario affiancamento della bibliometria con la *peer review*. – 5. Valutazione dell'attività di ricerca e decisioni di finanziamento. – 6. Alcuni spunti ricostruttivi a partire dal modello europeo di valutazione dell'attività scientifica.

1. Le ragioni dell'introduzione di una valutazione istituzionale dell'attività di ricerca svolta dagli Atenei

Diversi fattori giustificano l'introduzione di una valutazione organica e istituzionale dei risultati dell'attività di ricerca scientifica svolta dagli Atenei che caratterizza, attualmente, molte esperienze nazionali europee¹. Anzitutto l'aumento esponenziale della produzione scientifica, dovuta all'estensione spaziale dei suoi produttori, ha accresciuto il bisogno di indicatori di natura qualitativa e quantitativa in grado di selezionare la produzione realmente meritevole².

Alla stessa necessità ha concorso tuttavia principalmente l'esigenza, da parte dei decisori politici, di disporre di indicatori affidabili in grado di allocare le scarse risorse pubbliche disponibili privilegiando gli indirizzi di ricerca e i ricercatori più produttivi³. L'introduzione di una valutazione

¹ Per valutazione si intende un processo decisionale sul merito di una ricerca scientifica fondato su criteri e norme come quelli descritti dalla filosofia della scienza come criteri di «*theory choice*» o criteri metodologici o quelli descritti dalla sociologia della scienza come *ethos* o norme deontologiche e sociali.

² Sia ai fini concorsuali, ossia di immissione in ruolo e di progressione di carriera dei docenti, sia per il contributo arrecato dalla ricerca al progresso culturale ed economico degli Stati.

³ Si v. G. della Cananea, *Sulla valutazione dell'attività scientifica e didattica nel diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008.

esterna e istituzionale dei risultati dell'attività di ricerca delle Università è diretta principalmente, su tale versante, ad offrire una legittimazione politica e sociale al necessario finanziamento pubblico dell'attività di ricerca scientifica.

La logica del «finanziamento della ricerca basato sulla *performance*» ha improntato l'introduzione, all'interno delle università europee, di una serie di valutazioni, a partire da quella anglosassone del «*Research Assessment Exercise*» nel 1986 (oggi «*Research Excellence Framework*») a quella nazionale della VQR dell'Agenzia nazionale di valutazione (2004-2010), caratterizzate da un controllo *ex post* dei risultati dell'attività di ricerca utilizzati per l'erogazione di risorse⁴. Il nesso fra valutazione e allocazione efficace delle risorse pubbliche è stata alla base anche dell'azione esplicita dall'*Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur* (d'ora innanzi Aeres) istituita in Francia il 18 aprile 2006, improntata ad una procedura di controllo *ex ante*, ossia principalmente formativa, caratterizzata da passaggi formalizzati e da un'accentuata trasparenza.

Questa valutazione può investire, quanto all'oggetto, sia l'attività dei singoli ricercatori sia le unità di ricerca; può riguardare, inoltre, sia i programmi di ricerca sia il funzionamento e le strategie delle istituzioni di ricerca⁵.

La fase della ricostruzione post-bellica e, in seguito, l'avvento della cd. Terza Rivoluzione industriale, nel XX sec., con l'affermarsi della convinzione del contributo della ricerca allo sviluppo della competitività economica, inoltre, ha indotto i governi a tentare di assoggettarla al loro controllo. L'intervento pubblico è reso necessario, altresì, per assumere i rischi intrinseci della ricerca di base, la cui efficacia, rispetto alle risorse finanziarie impegnate, non è mai preventivabile con certezza⁶. Questo non sempre è avvenuto direttamente ma, spesso, attraverso l'intermediazione di soggetti formalmente indipendenti ma influenzabili, in realtà, dall'indirizzo politico.

L'intervento massiccio dei poteri pubblici, legittimato dal finanziamento dell'attività di ricerca per il suo apporto allo sviluppo economico degli Stati, ha sostituito dunque, gradualmente, l'autonomia conquistata nel-

⁴ Sul fatto che il nostro sistema di valutazione istituzionale dell'attività di ricerca derivi da quello anglosassone si veda A. Baccini, F. Coin, G. Sirilli, *Costi e benefici della valutazione della ricerca e della didattica*, in *Paradoxa*, 7, 2, 2013, 49-61.

⁵ Si veda W. Gasparri, *Conoscenza e decisione nella valutazione della ricerca scientifica*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 198 ss.

⁶ Si v. in tal senso F. Sylos Labini, *Ricerca scientifica e rischio dell'investimento: perché lo Stato serve*, in *www.roars.it*, 25 ottobre 2014.

l'evo moderno dalle Università europee rispetto alle istituzioni del potere politico e religioso⁷.

Si è fatta strada l'idea, in tal modo, che il controllo del potere politico sulla scienza sia un'opzione più desiderabile dell'affidarlo, com'era in precedenza storicamente avvenuto, alla capacità di autoregolazione della stessa comunità scientifica⁸.

Questa capacità, in realtà, aveva sempre garantito, in passato, lo sviluppo effettivo della scienza, anche in assenza di criteri e di parametri vincolanti di valutazione dell'attività scientifica, attraverso la competizione e la cooptazione tipiche e intrinseche ad ogni comunità scientifica. Il carattere ristretto ed elitario della comunità scientifica, soprattutto quanto al numero di professori ordinari, permetteva una cooptazione seria e rigorosa dei docenti nella progressione di carriera, simile a quella che avveniva, fra la fine del Settecento e i primi decenni dell'Ottocento, in comunità ristrette di scienziati, come l'*universitas* di *von Humboldt* a Berlino⁹.

L'esistenza di criteri previamente definiti che informassero la valutazione dell'attività scientifica era stata anzi ritenuta, nella giurisprudenza costituzionale italiana degli anni Settanta, come un limite indebito alla libertà della scienza e, di conseguenza, all'autonomia universitaria, considerata dalla Corte il risvolto organizzativo della garanzia a questa apprestata¹⁰. Tale convinzione indusse i giudici costituzionali, ad esempio, a giudicare illegittimo l'obbligo delle commissioni concorsuali di stabilire previamente criteri di

⁷ Su cui si v. S. Cassese, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 755; ID., *Storia e prospettive dell'ordinamento universitario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, spec. 820. Per l'esperienza anglosassone si v. W. Wright, *The administration of British Universities: the Managerial Impact of Recent Development*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 658. Per l'esperienza francese, si v. P. Frier, *Les universités en France*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, I, 184.

⁸ È stato in tal modo minato alla base il modello della «repubblica autonoma della scienza» (espressione coniata da M. Polanyi nel 1962). Si v. in tal senso M. Polanyi, *The Republic of Science: Its Political and Economic Theory*, in *Minerva*, 1, 1962, 54-74.

⁹ In tal senso si veda A. Sandulli, *Spunti di riflessione sulla valutazione della ricerca universitaria*, Relazione al Convegno «Concorrenza e merito nelle università», organizzato dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e dall'Università di Roma Tor Vergata, Roma, 12 marzo 2009, in www.agc.com

¹⁰ Si v. C. cost., 6 luglio 1972, n. 143. La fissazione di criteri e parametri che orientassero il giudizio espresso dalle commissioni in sede concorsuale veniva infatti concepito, dalla Corte, non rispondente ad una «valutazione che non può attingere a regole fisse, data la varietà delle qualità personali dei singoli candidati». Il buon andamento dell'amministrazione universitaria esigeva dunque, per i giudici costituzionali, che fosse valutata l'opera scientifica di un candidato ad una cattedra «per quella che è, e non è prevedibile a priori quale essa possa essere, così da predisporre criteri ai quali raffrontarla».

massima che ne autolimitassero la discrezionalità, unitamente all'affidamento del relativo giudizio a componenti esterni all'Accademia.

La successiva introduzione di una valutazione istituzionale ha generato una forte tensione fra gli interventi dei governi – finalizzati a contenere i costi del finanziamento della ricerca e mossi dunque, principalmente, da intenti di sostenibilità economico-finanziaria – e le finalità di sviluppo effettivo della qualità e dell'originalità della ricerca scientifica, quali auspicabili effetti della valutazione per la comunità scientifica¹¹.

La valutazione dei prodotti di ricerca, inoltre, riflette il fatto che l'ancoraggio delle funzioni relative all'istruzione superiore ai poteri pubblici nazionali non è più esclusiva; ad essa si affianca infatti l'influenza, sia pur indiretta, esercitata su di esse dal diritto europeo e dal processo di globalizzazione¹². La possibilità di svolgere attività di ricerca, inoltre, è sempre più condizionata dalla capacità di ottenere le risorse finanziarie messe a disposizione dai poteri pubblici ultrastatali; anche la valutazione dipende pertanto, sempre più, da indicatori europei e internazionali che ne misurano la qualità.

L'interrogativo posto da questo saggio non attiene, tuttavia, alla questione, pur centrale, della necessità o meno di una valutazione della ricerca scientifica. Se infatti l'introduzione di una valutazione istituzionale può costituire un limite alla libertà di ricerca scientifica¹³, valore costituzionale fondante, nel nostro Paese, del riconoscimento di autonomia degli Atenei, un suo esercizio responsabile richiede oggi, necessariamente, una verifica dei suoi risultati¹⁴. L'estensione della comunità scientifica, soprattutto quanto alle posizioni apicali, non permette più un giudizio sull'attività di ricerca af-

¹¹ Sui rischi di eccessiva regolazione del sistema universitario si veda, G. Vesperini, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 947.

¹² Si v., per il riconoscimento nella dimensione europea dell'istruzione superiore di una delle tendenze di revisione del sistema di istruzione superiore, G. Vesperini, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009.

¹³ Si tratta di un limite, in effetti, in quanto risulta potenzialmente funzionale all'imposizione di un indirizzo all'indagine scientifica; in tal senso si v. P. Zuddas, *La valutazione della ricerca scientifica: caratteri, efficacia, limiti*, in A. M. Arcari, G. Grasso, *Ripensare l'Università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Milano, 2011.

¹⁴ Sulla correlazione fra autonomia, responsabilità e valutazione si veda F. Merloni, *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 609: «autonomia, responsabilità, valutazione sono i tre principi fondanti di un modello organizzativo delle istituzioni scientifiche e dell'interno sistema della ricerca, che si possa dire effettivamente coerente con la nostra Costituzione e accettabile dalla società». Si v. in tal senso W. Gasparri, *Conoscenza e decisione nella valutazione della ricerca scientifica*, cit., 200.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

fidato unicamente alla cooptazione ma esige una *peer review* improntata a indicatori oggettivi e condivisi di valutazione.

La trasparenza nei risultati ottenuti dalle Università nella valutazione, invero, è ritenuta essenziale sia per definire l'indirizzo politico sulla ricerca scientifica sia, *ad intra*, per riformulare le scelte organizzative e di gestione degli Atenei. Poiché la ricerca, infine, è finanziata dalla spesa pubblica, è ragionevole pretendere una sua soggezione a qualche controllo che permetta di legittimarne la relativa imposizione fiscale dinnanzi alla comunità dei cittadini.

Si tratta di stabilire, piuttosto e anzitutto, se i metodi utilizzati e i soggetti preposti ad effettuarla siano in grado, nelle esperienze nazionali analizzate, di improntarla ad ottenere effettivamente – oltre che indicatori circa i finanziamenti da erogare – un miglioramento della qualità dei risultati della ricerca scientifica e quali correttivi si possano introdurre per favorire questo obiettivo.

I metodi di valutazione utilizzati, la scelta dei soggetti preposti alla loro definizione e l'utilizzo dei risultati ottenuti, infatti, non risultano certo neutrali rispetto alla concezione e alle finalità della valutazione e alla possibilità stessa di ottenere, attraverso di essa, uno sviluppo qualitativo della scienza; la loro scelta influisce, come si evidenzierà più oltre, sul necessario pluralismo metodologico e di contenuti intrinseci alla libertà di ricerca scientifica, fondamentali per il suo sviluppo, oltre che sul comportamento dei ricercatori¹⁵.

La loro introduzione, pertanto, dovrebbe risultare graduale e prudente, con un'attenzione specifica al contesto complessivo in cui sono destinati ad operare e ai comportamenti che potrebbero favorire o scoraggiare e dovrebbe necessariamente coinvolgere i soggetti coinvolti, sia valutatori sia valutati¹⁶.

La stessa definizione dei metodi di valutazione, infatti, può condizionare e uniformare il comportamento dei ricercatori verso scelte non sempre favorevoli allo sviluppo del progresso scientifico.

È necessaria pertanto, e anzitutto, una maggiore chiarezza sull'adeguatezza dei differenti meccanismi di valutazione a migliorare realmente la qualità della ricerca scientifica oltre che sulle effettive finalità delle attività di valutazione sottostanti alla loro introduzione (ossia sul come e sul perché va-

¹⁵ Si veda in tal senso, B. G. Charlton, *Shifting Among Top UK Scientist? The Decline of revolutionary Science and the Rise of Normal Science in the UK Compared with the Usa*, in *Medical Hypotheses* 70, 2008, 465-472.

¹⁶ In tal senso si veda anche A. Mari, *L'Agenzia nazionale di valutazione del sistema dell'Università e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, n. 4.

lutare). L'attività di valutazione, in realtà, appare più congegnata, nelle esperienze statuali analizzate, al servizio della sua sostenibilità economico-finanziaria che a quella, altrettanto essenziale e prioritaria, del miglioramento della qualità della ricerca.

Al fine di evitare questo rischio è necessario approntare dunque, anzitutto, meccanismi adeguati di valutazione della qualità della ricerca e dotare i soggetti valutatori di caratteristiche idonee. Si tratta di interrogarsi, infine, sulla correlazione e l'imputazione allo stesso o a diversi soggetti delle attività di valutazione e delle decisioni di finanziamento dell'attività di ricerca scientifica.

La ricognizione di meccanismi e di finalità dell'attività di valutazione della ricerca sarà affrontata, in questo studio, mettendo a confronto la nostra esperienza nazionale con alcuni specifici profili di quella francese ed anglosassone e riguarderà esclusivamente la ricerca svolta nelle sedi universitarie. Su tale versante, è utile precisare che il nostro Paese è caratterizzato dall'individuare soprattutto nelle Università la sede «primaria» della libera ricerca (art. 1, comma 1, l. n. 240 del 2010) a differenza dei sistemi francesi e, in parte, tedeschi in cui una parte rilevante della ricerca scientifica viene svolta all'esterno degli Atenei.

2. Modelli di valutazione e culture amministrative

L'analisi comparata mette in luce come la dimensione organizzativa della valutazione istituzionale, le sue finalità e modalità di esplicazione siano principalmente un effetto della cultura amministrativa presente in ciascuna esperienza nazionale e del rapporto esistente fra gli Atenei e i poteri pubblici.

In Francia, ad esempio, l'emergere di una valutazione istituzionale accompagna e rafforza la transizione degli Atenei verso una maggiore autonomia dal vertice politico ministeriale, sancita dalla *loi Savary* del 1984 e poi dalla *loi Pécresse* del 10 agosto 2007¹⁷. Alla consacrazione del principio dell'autogoverno, ovvero dell'affidamento del governo dell'Università ad organi elettivi, quale esplicazione del principio dell'indipendenza dell'insegnamento e della ricerca universitaria, si deve la rinascita effettiva degli Atenei francesi, fino ad allora confinati nell'*inexistence*, in quanto total-

¹⁷ Su tale sviluppo mi sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *La nuova Governance degli Atenei francesi*, in F.A. Roversi Monaco, *Università e riforme*, Bologna, Bononia University Press, 2013, 245.

mente identificati, fin dall'Università imperiale, con l'amministrazione statale¹⁸.

Alla conquista di maggior autonomia è conseguito un mutamento di qualità, non di intensità della regolazione pubblica, che ha avuto il suo baricentro, principalmente, nel sistema dei *Contract de Plan*, introdotti dalla legge Savary del 1984 e relativi alla programmazione e al finanziamento dei progetti più qualificanti per il territorio, attraverso una valutazione *ex post* dei risultati ottenuti dagli Atenei.

Alla rinascita delle Università francesi, infatti, è conseguita l'affermazione di una valutazione istituzionale dell'attività scientifica informata a protocolli e *standard* fondati su parametri verificabili, concepita quale condizione irrinunciabile per una distribuzione efficace delle risorse pubbliche. Questa stessa valutazione rappresentava, in effetti, il contrappeso ineludibile dell'esigenza di *accountability* discendente dalla conquista, da parte degli Atenei francesi, di una crescente autonomia dai poteri pubblici.

La peculiarità della valutazione istituzionale, in Francia, risiede, anzitutto, nella sua collocazione *ex ante* rispetto allo svolgimento di programmi di ricerca o al funzionamento di unità di ricerca e quindi nella sua valenza essenzialmente formativa e di orientamento delle tecniche e metodologie di ricerca. Altrettanto specifico è il suo articolarsi ad ampio raggio sui diversi enti di ricerca, non solo universitari, in funzione di una più complessiva valutazione strategica e l'esercizio di un' incisiva azione di influenza sulla relativa *governance* nazionale e sulla definizione degli orientamenti generali della politica di ricerca.

L'iniziale affidamento di tale valutazione all'*Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur* è tramontata, nel 2013, a causa del crescente *délire bureaucratique* di cui era accusata tale istituzione da parte della comunità scientifica e del personale degli enti di ricerca¹⁹ e ha aperto il

¹⁸ Ripercorre efficacemente tale percorso, C. Musselin, *La longue marche des Universités françaises*, Paris, 2001. Sul tema v. altresì, P. Frier, *Les Universités en France*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, I, p. 184; M. Calamo Specchia, *Lo Statuto dell'Università in Francia. Dalle écoles napoleoniche all'autonomia costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2009, 662; R. Semenza, *Il sistema di istruzione superiore francese e le sue trasformazioni*, Centre for Higher Education & Society Studies, Working Paper, n. 7 del 2010; G. Sgueo, *Competitività, valutazione, reclutamento: la riforma dell'università francese*, in E. Carloni, P. Forte, C. Marzuoli, G. Vesperini, *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, 2011.

¹⁹ Sul tramonto dell'Agenzia francese si veda *Les adieux: la Francia chiude la sua agenzia di valutazione*, in *www.roars.it*, 17 gennaio 2013. Sul modello francese di valutazione si v. anche F. Di Cristina, *La riforma della valutazione della ricerca in Francia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 277-278.

varco alla fondazione di un'altra Agenzia, ridefinita secondo *standard* di indipendenza, di semplicità, di legittimazione scientifica e trasparenza²⁰.

La valutazione messa in atto dall'*Agence* si fondava principalmente sul metodo dell'*anonymous peer review* la cui soggettività risultava ridotta su un duplice versante. Anzitutto la predeterminazione di parametri oggettivi all'interno e nel rispetto dei quali dispiegare il giudizio (l'originalità e significatività; l'adeguatezza della metodologia impiegata; l'esperienza dei soggetti coinvolti; la ragionevole disponibilità delle risorse utilizzate; la durata della ricerca in relazione ai suoi obiettivi). In secondo luogo le garanzie di trasparenza e di pubblicità da cui venivano assistite le procedure di valutazione sia nelle fasi di svolgimento, rigorosamente scandite, sia nei risultati ottenuti.

Anche nel Regno Unito la valutazione istituzionale assume una specificità discendente dal fatto, per un versante, che le università, articolate nella duplice categoria dell'*higher education* e della *further education*, non sono collocate nell'organizzazione amministrativa statale ma sono soggetti ibridi fra pubblico e privato, dotati di una propria autonomia statutaria e regolamentare, in concorrenza per l'acquisizione di risorse pubbliche. La loro origine comune sin dall'apparire delle più antiche, nel Medio Evo, risiede, in effetti, nel caratterizzarsi come formazioni sociali che solo a seguito della legittimazione da parte dei poteri pubblici, attraverso la *Royal Charter* o l'*Order in Council*, hanno acquistato la natura di soggetti giuridici dell'ordinamento²¹.

Peculiare appare anche il relativo sistema di finanziamento, affidato, dall'*Education Reform Act* del 1988, all'*Universities Funding Council* e, per i *colleges* e i politecnici, al *Polytechnics and Colleges Funding Council* e improntato sull'erogazione di finanziamenti differenziati a seconda che riguardino l'attività didattica o quella di ricerca. Se infatti, per la prima, i criteri di assegnazione investono, principalmente, il numero degli studenti iscritti, nel caso della seconda i fondi sono attribuiti sulla base di un'ulteriore valutazione più complessa, la cd. *Research Assessment Exercise* del 2008, riguar-

²⁰ Tale Agenzia è stata sostituita, a seguito della proposta contenuta nel Rapport «*Ré-fonder l'Université dynamiser la recherche. Mieux coopérer pour réussir*», contenente le Conclusions de Assises 2012 de l'enseignement supérieur et de la recherche, sottoposto al Primo Ministro J.-M. Ayrault il 14 gennaio 2013 da un'Autorità amministrativa indipendente, ovvero l'Autorité de l'évaluation des Universités de la Recherche et des Etablissement.

²¹ Su tale sviluppo si veda P. Novaro, *Le Università inglesi*, in F. R. Monaco (a cura di), cit., 347. Si veda altresì, V. Wright, *The administration of British Universities: the Managerial Impact of Recent Development*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989, 658; R. O. Bendal, *British Universities and the State*, New York, 1977, 32 ss.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

dante, *ex post*, i prodotti di ricerca di ciascun Ateneo. In tal caso sono gli enti di ricerca a trasmettere al *Council* le proprie *submissions* in modo da poter partecipare all'erogazione dei finanziamenti; alla valutazione consegue un *ranking* che mette in competizione le diverse sedi universitarie attraverso l'assegnazione ad esse di un punteggio in termini numerici.

Il nuovo sistema di finanziamento ha prodotto, peraltro, una restrizione dell'originaria e ampia autonomia degli Atenei inglesi, dovuta alla maggior necessità di risorse finanziarie pubbliche per sostenere la loro attività didattica e di ricerca che ne condiziona l'erogazione ad uno stanziamento basato principalmente su una valutazione del rischio (*risk assessment*) a cui può conseguire una possibile retrocessione dei fondi ricevuti nel caso in cui l'Ateneo non ottenga i risultati prefissati.

La differente natura giuridica degli Atenei, nelle due esperienze statuali analizzate, si riflette inevitabilmente sulle finalità della valutazione; nel Regno Unito questa è diretta a creare competizione fra le Università attraverso il riconoscimento di un *ranking* e dà vita ad un'esperienza più aperta alla società civile mentre in Francia investe il singolo Ateneo, in genere molto più contiguo e permeabile rispetto all'indirizzo politico²².

Sebbene le due esperienze nazionali si differenzino in modo significativo, per la diversa posizione in cui si collocano i rispettivi Atenei dinnanzi ai poteri pubblici, si può affermare, tuttavia, che la distanza fra di esse si stia riducendo; mentre le Università francesi, in effetti, si stanno allontanando dall'origine accentrata per una maggiore maggior autonomia, quelle anglosassoni l'hanno vista gradualmente ridursi per il peso acquisito dal finanziamento statale.

3. Il come valutare ovvero dei difetti e dell'assenza di neutralità dei metodi quantitativi

L'introduzione di una valutazione istituzionale dell'attività di ricerca svolta dagli Atenei ha fatto assumere una centralità ai metodi quantitativi (*impact factor, total cites, immediacy index, cited half-life, h-index*), dovuta, principalmente, alla loro semplicità e alla loro natura in apparenza oggettiva²³.

²² In tal senso si veda M. Macchia, *La cultura della valutazione della ricerca scientifica in chiave comparata*, in *Gior. dir. amm.*, n. 4 del 2008, 467.

²³ Per valutazione bibliometrica si intende l'insieme delle procedure che contribuiscono alla valutazione della produzione scientifica di un ricercatore a partire dal numero delle pubblicazioni, dal prestigio delle riviste in cui queste sono inserite e dalle citazioni a cui hanno dato luogo.

Questi caratteri hanno indotto a considerare la bibliometria (ossia la valutazione dell'attività scientifica fondata su metodi quantitativi)²⁴ come la risposta più adeguata alle crescenti richieste di *accountability* dell'attività di ricerca svolta dagli Atenei, sotto il profilo sia economico sia sociale.

La dominanza assunta dai metodi quantitativi dev'essere intesa, altresì, come un tentativo di depotenziare la discrezionalità e la capacità di autoregolazione delle comunità scientifiche, ritenute, a torto o a ragione, responsabili di un esercizio della cooptazione non sempre corretto.

È bene chiarire, tuttavia, che la prevalenza e la rilevanza assunte dai metodi quantitativi non sono neutrali rispetto alle finalità della valutazione; producono, invero, effetti significativi sia sui comportamenti dei ricercatori sia sull'identità stessa della ricerca scientifica sia, infine, sulle funzioni assegnate agli Atenei.

L'affermarsi della bibliometria, anzitutto, produce l'effetto positivo, grazie al suo approccio sistematico, di ridurre l'incertezza degli esiti della valutazione poiché completa e offre un assetto più sistemico ai giudizi soggettivi espressi dai pari. Non richiede, inoltre, costi eccessivi e quindi può essere applicata in caso di valutazione di strutture e aggregati di soggetti rispetto ai quali, peraltro, il numero elevato di prodotti di ricerca riduce l'impatto delle distorsioni tipiche dell'analisi quantitativa.

Nel nostro Paese l'introduzione formale della valutazione quantitativa nel processo di reclutamento si deve al D.M. n. 76 del 2012, noto come «decreto parametri e criteri», attuativo della l. n. 240 del 2010 che contiene criteri in prevalenza quantitativi. Lo stesso ha stabilito la distinzione dei prodotti scientifici in due macro-aree comprensive dei settori cd. «bibliometrici» e «non bibliometrici», intendendosi, per i primi, i settori in cui si applica l'analisi citazionale. Peraltro nella giurisprudenza amministrativa è prevalso l'orientamento per cui le commissioni nazionali potessero discostarsi, sia pur con adeguata motivazione, da tali indicatori, abilitando candidati privi di requisiti o non rilasciando l'abilitazione a chi li possedesse²⁵.

²⁴ Per una definizione di bibliometria, si v., tra gli altri, A. Pritchard, *Statistical bibliography or bibliometrics?*, in *Journal of Documentation*, v. 25, n. 4, 348-349. 1969; E. Spinak, *Indicadores científicos*, in *Ciência da Informação*, v. 27, n.2, p.141-148. 1998.

²⁵ Sulla questione cfr., di recente T.A.R. Roma (Lazio), sez. III, 9 dicembre 2014, n. 12398; si veda altresì T.A.R. Campania-Salerno Sez. I, 14 marzo 2012, n. 496; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 21 marzo 2012, n. 723; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 5 aprile 2012, n. 936; T.A.R. Lombardia-Milano Sez. IV, 24 aprile 2012, n. 1209; T.A.R. Lombardia-Milano Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 1944; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, 25 luglio 2012, n. 2077; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 27 luglio 2012, n. 6996; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, 14 settembre 2012, n. 2332; T.A.R. Lombardia-Milano Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 2357; T.A.R. Ve-

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

Il ricorso esclusivo alla bibliometria presenta tuttavia, come messo in luce, in Francia, dal *Rapport de l'Académie des sciences* del 17 gennaio 2011, limiti significativi²⁶: anzitutto non permette di accertare fattori decisivi per la valutazione dei prodotti di ricerca, in particolare la loro originalità e il loro contributo al progresso scientifico.

La prospettiva di una soggezione ad una valutazione fondata sull'impatto delle proprie ricerche, in effetti, incoraggia negli scienziati il conformismo e ostacola l'originalità dell'approccio scientifico. Si afferma la tendenza, infatti, a pretendere dallo scienziato prodotti conformi ai criteri e parametri più accreditati dalla comunità scientifica di appartenenza, sia nella metodologia e nell'impostazione teorica, sia nelle modalità di comunicazione e di diffusione dei risultati (cd. «*streamlined research*»).

È evidente, invero, che mentre la ricerca scientifica dovrebbe caratterizzarsi per la produzione di innovazioni che, per definizione, sono eterogenee e incomparabili, qualsiasi parametro o criterio valutativo si fonda su un'unità di misura e, dunque, favorisce l'uniformità dei risultati e rischia di comprimere il pluralismo scientifico²⁷.

I ricercatori, dunque, sono inevitabilmente indotti ad adattare l'orientamento delle loro ricerche ai settori o alle tecnologie privilegiate dalle riviste ad elevato fattore d'impatto a detrimento della capacità di innovazione discendente dall'esplorazione di settori nuovi. In tal modo si riduce considerevolmente il necessario pluralismo di metodi e di contenuti dei prodotti di ricerca che dovrebbe caratterizzare il patrimonio scientifico delle comunità accademiche e si produce un'unità fittizia e standardizzata dei risultati²⁸.

L'utilizzo esclusivo dei metodi quantitativi, inoltre, è il frutto e la causa di una concezione dell'attività scientifica come attività principalmente *esterna*, ossia guidata da fattori appartenenti in prevalenza alla sfera sociale,

neto, Sez. I, 31 ottobre 2012, n. 1315; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 21 novembre 2012, n. 2402; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 26 novembre 2012, n. 725; T.A.R. Toscana, Sez. I, 4 dicembre 2012, n. 292

²⁶ Gli stessi limiti sono stati riconosciuti anche dal Plan stratégique du CNRS «Horizon 2020» in cui si afferma: «*Les dérives vivants à la bibliométrie un rôle prépondérant, voire exclusive, d'accompagneraient d'un certain formatage des carrières et d'effets pervers pour l'activité de recherche: minimisation de la prise de risque scientifique, minimisation de la mobilité thématique, frein aux échanges public-privé, stratégies de citations*».

²⁷ Un'analisi dissacratoria del tentativo di individuare l'indicatore perfetto di qualità si può leggere in P. Pini, M. Valente, *Alla ricerca del Sacro Graal (e come vivere senza)*, in *www.roars.it*, 16 giugno 2014.

²⁸ Insiste in particolare su questo tema, D. Gillies, *Selecting applications for funding: why random choice is better than peer review*, in *RTA Journal on Research Policy and Evaluation*, v. 2, n. 1, may 2014.

politica ed economica, ma non dotati di una logica *interna* alla scoperta stessa²⁹. In questa prospettiva il gradimento di un prodotto di ricerca rischia di dipendere più dalla sua attività esterna di promozione e di divulgazione che dal contributo reale ed effettivo offerto allo sviluppo della scienza.

La sua applicazione, inoltre, si traduce in una misurazione e non in un'effettiva valutazione dell'attività di ricerca che è cosa ben diversa, in quanto quest'ultima comporta anche il confronto dei dati quantitativi ottenuti con altre misurazioni, sia anteriori sia mediane, e non un mero risultato quantitativo³⁰.

La soggezione dell'attività scientifica ad una valutazione in cui sono dominanti meccanismi quantitativi, inoltre, innesca tendenzialmente, nei ricercatori, comportamenti di per sé confliggenti con il progresso della scienza.

Anzitutto si accentuano inevitabilmente la concorrenza fra ricercatori e l'individualismo, che di per sé sfavoriscono lo sviluppo della ricerca, spesso derivante da uno sforzo cooperativo.

L'introduzione di soglie quantitative, relative principalmente alla produttività scientifica per il reclutamento del personale docente favorisce, inoltre, l'adozione, da parte degli scienziati, di comportamenti scorretti, finalizzati principalmente ad ottimizzare i risultati quantitativi anziché a migliorare la qualità della ricerca; si pensi al plagio di scritti e di idee altrui, al ricorso a schemi citazionali concordati con altri studiosi, alla frammentazione irragionevole dei propri prodotti di ricerca al fine di aumentarne la quantità e all'autocitazione dei propri scritti.

È stato evidenziato, inoltre, come l'adozione di metodi quantitativi influenzi in modo significativo le prassi di produzione e di comunicazione delle ricerca scientifica, rendendo meno appetibili, perché complessi, gli approcci interdisciplinari e i temi inediti e anticipando la pubblicazione di un studio prima di aver individuato risultati realmente originali. In tal modo si rende pressoché impossibile la riproducibilità delle ricerche³¹.

²⁹ Sui rischi dell'adozione di una logica esclusivamente esterna dell'attività scientifica si v. R. Viale e L. Leydesdorff, *Qualità e quantità nella scientometria*, in R. Viale, A. Cerroni, *Vitalutare la scienza*, 2003, Catanzaro, Rubettino, 2003, 24.

³⁰ Sul rischio di confondere misurazioni e valutazioni si v. S. Cassese, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione!* Intervento in occasione dell'incontro promosso da Roars su «Il sistema dell'Università e della ricerca. Fatti, leggende, futuro», Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 15 novembre 2012; in *Il Mulino*, 2013, 73 ss.

³¹ In tale prospettiva si v. T. Castellani, E. Pontecorvo, A. Valente, *Epistemological Consequences of Bibliometrics: Insights from the Scientific Community*, in *Social Epistemology Review and Reply Collective*, 2014, n. 3, 11, 1-20; F. Collins, *Amid a Sea of False Finding, the NIH Tries Reform*, in *The cronicle of higher education*, marzo 2015, 16.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

La pressione verso i risultati quantitativi, inoltre, induce a trascurare le attività universitarie non direttamente investite dalla valutazione istituzionale, come quella didattica e gli incarichi amministrativi, a vantaggio di quelle premiate dai meccanismi quantitativi, creando uno squilibrio nelle attività istituzionali degli Atenei.

Il suo utilizzo esclusivo, pertanto, rischia di deformare le stesse modalità di generazione di nuova conoscenza che tende a divenire in prevalenza strumentale ossia finalizzata unicamente ad adeguarsi ai parametri quantitativi anziché a perseguire risultati originali e utili al progresso scientifico.

I metodi quantitativi, inoltre, presentano difficoltà di applicazione nelle scienze sociali per le differenti forme di ricerca scientifica e la diversa tipologia di prodotti ottenuti nei relativi settori disciplinari³². Gli indici bibliometrici, in effetti, laddove il criterio di valutazione si fonda sul *ranking* delle riviste, escludono prodotti di ricerca tipici dei settori umanistici e sociali (come le monografie, le curatele e le recensioni); non comportano, inoltre, la capacità di riconoscere il rilievo e la qualità del singolo lavoro scientifico, non discendente necessariamente dal livello della rivista in cui è pubblicato³³.

Più nello specifico, nelle scienze giuridiche, i meccanismi quantitativi non consentono di tener conto del ruolo significativo svolto dalle osservazioni mosse dagli studiosi alla giurisprudenza nell'evoluzione degli istituti giuridici³⁴.

Peraltro anche nelle scienze sociali è utile il ricorso alla bibliometria al fine di misurare, quantomeno, la produttività e la continuità della produzione scientifica del singolo studioso e l'applicazione di indicatori oggettivi

³² Sulle peculiarità degli indicatori e dei criteri per le scienze esatte e le scienze sociali, si veda A. Arcari, G. Margaria, *La valutazione della ricerca. Indicatori e criteri per le scienze esatte e le scienze sociali*, in *Ripensare l'Università*, cit., 147. Sulla questione si veda anche il documento CNR «Criteri per la valutazione della ricerca nel campo delle scienze umane e sociali» del 25 febbraio 2010. Il documento finale ha costituito una delle basi per la formulazione di due sue proposte al Miur, la prima, del febbraio 2010, finalizzata a identificare il carattere scientifico delle pubblicazioni, in base a quanto richiesto dall'art. 3-ter, d.l. n. 180 del 2008, come convertito dalla l. n. 1/2009; la seconda, del marzo 2010, rivolta al tema della valutazione della ricerca.

³³ Sul tema della valutazione delle riviste, in ambito giuridico, si veda V. Gasparini Casari, *La valutazione delle riviste giuridiche*, in *Dir. ec.* 2011, 673; più di recente, G. Della Cananea, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, in *Il lavoro nelle pubbl. amm.* 2012, 485 ss.

³⁴ Sulla limitata applicabilità dei meccanismi quantitativi nella valutazione della scienza giuridica si v. G. della Cananea, *Sulla valutazione dell'attività scientifica e didattica nel diritto amministrativo*, cit., 349.

condivisi per limitare la soggettività del giudizio dei pari. Si pensi, ad esempio, agli incarichi di insegnamento richiesti presso prestigiosi Atenei stranieri o all'importanza della rivista in cui è pubblicato l'articolo per il settore scientifico dello studioso, all'anonimato del referaggio e, infine, al suo rilievo internazionale, europeo o solo nazionale.

Nel nostro Paese, infine, la scarsità di studiosi di bibliometria e scientometria ha accentuato le difficoltà nella comprensione e nell'analisi critica dei metodi quantitativi³⁵ e ha aumentato, pertanto, gli aspetti critici della loro applicazione e del loro funzionamento³⁶.

La scelta dei meccanismi di valutazione dell'attività di ricerca dipende, infine, dalla convinzione su quali siano le funzioni principali degli Atenei.

L'affermarsi di una valutazione fondata su meccanismi in prevalenza scientometrici comporta il rischio, inoltre, di identificare l'attività di ricerca unicamente con la sua applicazione tecnologica e produttiva, servente all'attività di impresa, a scapito della ricerca di base e di quella svolta nelle scienze sociali, non sempre direttamente finalizzata ad applicazioni industriali³⁷. Tale identificazione rende le Università, altresì, fortemente interdipendenti, benché formalmente separate, dal sistema produttivo (come *dancing partners*); di conseguenza risulta accentuata soprattutto una delle funzioni dell'università, ossia quella di produzione di eccellenza scientifica funzionale alla crescita della competitività economica, a svantaggio delle altre.

In tal modo si rischia di depotenziare una delle funzioni principali assegnate agli Atenei nel modello Humboldiano, ossia la stretta integrazione fra didattica e ricerca pura; inoltre si svalutano i settori della ricerca che non conducono a risultati empiricamente dimostrabili ma sono fondati sulla centralità della *knowledge*, ossia della conoscenza pura come la maggior parte delle scienze sociali.

Peraltro non pare condivisibile la convinzione, spesso sottesa alla centralità acquisita dagli indicatori bibliometrici, per cui gli scritti prodotti dagli

³⁵ Si v. in tal senso A. Banfi, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 361.

³⁶ A questi difetti allude S. Cassese, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione*, cit. laddove elenca, fra i principali difetti del progetto di misurazione e di valutazione: la burocratizzazione, la sproporzione fra promozione e guida/controllo della ricerca, la mancata distinzione fra misurazione e valutazione, la confusione fra misurazioni per fare paragoni e misurazioni per calcolare proporzioni ed, infine, la sproporzione fra mezzi e fine.

³⁷ Circa il mutamento di funzioni delle università in risposta alle necessità del sistema economico si v. C. Paradaise, E. Reale and G. Goastellec, *A Comparative Approach to Higher Education Reforms in Western European Countries*, in *University governance: Western European perspectives*, a cura di C. Paradaise, E. Reale, I. Bleike, E. Feire, Dordrecht, Springer, 2009, 197-225.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

studiosi di scienze umane siano da reputarsi come «inutili» ai fini della formazione degli studenti e della creazione di nuove professionalità; la formazione umanistica, infatti, diffonde e favorisce competenze complesse e offre una capacità autonoma di controllo sull'innovazione tecnologica³⁸.

Dagli effetti nocivi prodotti e riscontrati nel ricorso prevalente a metodi quantitativi è disceso il suggerimento, da parte del *Rapport de l'Académie des sciences* francese del 2011, di correttivi nella loro applicazione. Anzi tutto tali metodi non dovrebbero supplire ma solo affiancare il tradizionale ricorso alla *peer review*, riconosciuta come strumento preferibile per valutare la ricerca scientifica. Il loro utilizzo, inoltre, non potrà esaurirsi nell'indicazione numerica ma dovrà accompagnarsi ad un esame approfondito e diretto dei dati bibliometrici e bibliografici e, se possibile, degli stessi articoli che ne sono alla base.

Inoltre il ricorso agli indicatori dovrà essere differenziato in ragione specifica degli obiettivi a cui è diretta la valutazione dell'attività svolta dagli studiosi, siano essi il reclutamento, l'avanzamento in carriera, l'affidamento di contratti e le comparazioni rispetto ad altri scienziati.

Infine la valutazione bibliometrica dovrà essere oggetto di ricerche e di riflessioni dirette a migliorarne l'adeguatezza. L'*Académie* francese ha raccomandato ad esempio, su questo versante, la formazione di un *Comité de pilotage de l'évaluation individuelle bibliométrique*, inserito nel contesto dell'Osservatorio della Scienza e della Tecnica.

Si rammenta, a questo proposito, che all'Anvur è riconosciuta la funzione di promuovere e di diffondere la cultura della qualità della valutazione, anche al fine di formare specifiche competenze professionali in tale ambito scientifico.

4. Il necessario affiancamento della bibliometria con la *peer review*

La *peer review*³⁹ – che ha trovato applicazione, ad esempio, in processi valutativi *ad hoc*, condotti da commissioni di esperti sulla qualità, la rilevanza e l'originalità dei prodotti di ricerca (ne sono stati esempi la valutazione

³⁸ Per una rivalutazione degli studi umanistici anche nella prospettiva della loro spendibilità occupazionale e sociale si v. A. Banfi, E. Franzini, P. Galimberti, *Non separate sull'umanista*, Milano, 2014.

³⁹ Una definizione convincente di *Peer review* è quella offerta dall'*Advisor Broad for the Research Councils*, ossia un sistema con il quale l'eccellenza intellettuale o la competenza di un lavoro viene giudicata da ricercatori che lavorano nell'ambito in questione o in uno vicino.

CIVR VTR 2001-2003 svoltasi in Italia e le valutazioni *RAE-Resarch Assessment Exercise* del Regno Unito) – è ritenuto il metodo privilegiato di valutazione della ricerca scientifica. Anche nell'esperienza francese questa continua a rappresentare il metodo prevalente su cui fondare la valutazione dell'attività scientifica anche perché viene inteso come la forma più adatta a preservare l'indipendenza e l'autonomia della ricerca scientifica e delle sue istituzioni⁴⁰.

La sua preminenza discende dalla convinzione dell'intrinseco carattere pubblico della scienza, evidenziato da Karl Popper⁴¹, per il quale solo il controllo condotto attraverso la libera discussione razionale interna alla comunità scientifica custodisce l'oggettività della scienza. La peculiarità del metodo scientifico consisterebbe infatti, per il celebre studioso, nella possibilità di falsificare la veridicità di una tesi scientifica formulata in via deduttiva da un autore, non nella presunzione, da parte dello stesso, di poterla verificare in via induttiva. La scelta di quest'approccio non significava un abbandono, da parte degli scienziati, della verità intesa in senso oggettivo poiché proprio attraverso la reciproca confutazione degli errori commessi era riconosciuto possibile avvicinarsi a questa meta⁴².

Nella sua concreta applicazione, tuttavia, la *peer review* ha evidenziato alcuni limiti che ne sollecitano una revisione. Anzitutto essa pecca spesso di una certa soggettività, accentuata dalla competenza talora insufficiente di alcuni valutatori, oltre che dal potenziale conflitto di interessi fra gruppi scientifici differenti; richiede inoltre costi elevati, corrispondenti al tempo sottratto all'attività di ricerca dai pari impegnati nella valutazione.

Il giudizio dei valutatori inoltre, come da tempo ha rilevato la psicologia cognitiva, è spesso distorto da fattori legati al contesto in cui viene esplicato e dalla premessa dei ragionamenti effettuati.

La ragione di questi effetti discende da una serie di meccanismi co-

⁴⁰ In tal senso si veda W. Gasparri, *Conoscenza e decisione nella valutazione della ricerca scientifica*, cit.

⁴¹ ID., *La logica della scoperta scientifica*, (1934), Torino, 1970. «La base empirica delle scienze oggettive non ha in sé nulla di assoluto. La scienza non poggia su un solido strato di roccia [...]. È come un edificio costruito su palafitte».

⁴² «Lo status della verità intesa in senso oggettivo, come corrispondenza ai fatti, con il suo ruolo di principio regolativo, può paragonarsi a quello di una cima montuosa, normalmente avvolta fra le nuvole. Uno scalatore può non solo avere difficoltà a raggiungerla, ma anche non accorgersene quando vi giunge, poiché può non riuscire a distinguere, nelle nuvole, fra la vetta principale e un picco secondario. Questo tuttavia non mette in discussione l'esistenza oggettiva della vetta», v. K. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, Il Mulino, 1972, 338.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

gnitivi definiti «euristiche» che accelerano il giudizio o lo distorcono a scapito della sua completezza e precisione. Fra questi si annovera ad esempio il cd. «effetto Matteo» ossia la tendenza a valutare in modo più pregevole le opere degli scienziati dotati di una miglior reputazione⁴³; un altro effetto da evitare è il cd. *framing effect* ossia il fatto per cui il modo con cui viene presentato un problema, all'interno di uno studio, a parità di contenuto logico, ne condiziona in misura significativa la soluzione.

La questione centrale dunque non è tanto, anzitutto, quella di sostituire la *peer review*, strumento privilegiato di controllo della qualità scientifica, quanto quella di assicurarne un funzionamento più accurato e attendibile⁴⁴. Essa dovrebbe essere integrata dal ricorso a meccanismi quantitativi e da indicatori oggettivi in modo da ridurre i margini di soggettività e di arbitrio⁴⁵.

Sia nell'esperienza francese sia in quella del RAE presente nel Regno Unito vi è in effetti l'obbligo di avvalersi, in via supplementare, di indicatori quantitativi o oggettivi come supporto alla valutazione dei pari. In Francia l'affiancamento alla valutazione qualitativa del ricorso a indici bibliometrici, tuttavia, non ha comunque portato a riconoscere a tali dati una presunzione autonoma e certa di pregio e di originalità. Sono stati piuttosto l'applicazione di parametri consolidati delle procedure di *peer review* e la scansione di queste in passaggi molto formalizzati e trasparenti a ridurre il margine di soggettività.

Sarebbe necessario, inoltre, che i *peer* effettuassero una valutazione informata il più possibile alle convenzioni vigenti all'interno della comunità scientifica del proprio settore disciplinare e ispirata a principi di etica scientifica in modo da ridurre l'autoreferenzialità del giudizio formulato.

In tale direzione sono utili le Raccomandazioni contenute nel *Rapport 2009 de l'Académie française*, improntate a sottoporre la *peer review* al rispetto di principi di competenza, di trasparenza e di etica. Sulla base di tali Raccomandazioni la *peer review* dovrebbe essere, anzitutto, razionale nel senso che la sua logica interna dovrebbe essere previamente conoscibile, apparire

⁴³ Per quest'effetto si veda R. Merton (1981) in N.W. Storer, *La sociologia della scienza*, Milano, 1981.

⁴⁴ La direzione per una riforma della *peer review* è indicata in modo convincente da D. Gilles, *How Should Research Be Organised?*, College Publications, London 2008.

⁴⁵ Peraltro questa necessaria correlazione si giustifica con l'assenza di una differenza ontologica fra i due metodi; i metodi bibliometrici, in effetti, non rappresentano altro che una *peer review* aggregata, in quanto raccolgono i suffragi positivi di una parte significativa della comunità scientifica: in essi, pertanto, le distorsioni della *peer review* risultano addirittura amplificate.

ragionevole ai partecipanti e risultare imparziale, ossia applicare nel giudizio dei prodotti di ricerca un trattamento equo e risultare coerente con le norme scientifiche dell'universalismo e del disinteresse. Essa dovrebbe ispirarsi, infine, a *standard* tecnici di buona misurazione, di validità e di affidabilità⁴⁶.

Nella *Loi pour la recherche* francese del 2006⁴⁷, dove l'attività di ricerca, ai sensi dell'art. 114-1-1, è soggetta a procedure di valutazione periodiche improntate principalmente alla *peer review*, ad esempio, si prevede che queste avvengano in contraddittorio e vi sia la possibilità del destinatario di far ricorso all'autorità amministrativa.

I *referees* a cui è affidata la *peer review*, oltre ad essere investiti di un breve mandato, immuni da conflitti d'interessi e obbligati alla riservatezza, dovrebbero seguire, inoltre, un adeguato percorso formativo e sviluppare una capacità di governo dei propri processi di ragionamento al fine di non incorrere in trappole cognitive che ne alterino la capacità di giudizio.

Solo in tal modo tale valutazione può svolgere realmente un ruolo nell'elaborazione di teorie scientifiche effettivamente innovative.

A codici di condotta improntati a principi etici analoghi a quelli contenuti nel *Rapport de l'Académie* francese e già contenuti, ad esempio, nel Codice internazionale *Committee Publication Ethics* dovrebbero ispirarsi gli *editors* e le riviste che ospitano prodotti scientifici per prevenire ed eventualmente sanzionare con la *retraction* dell'articolo comportamenti scientifici scorretti. Si è ipotizzato altresì, nei casi più gravi, che la violazione dei codici di condotta possa coinvolgere sia la comunità scientifica di appartenenza del ricercatore sia la sua istituzione di afferenza attraverso la comminazione di sanzioni disciplinari⁴⁸.

5. Valutazione dell'attività di ricerca e decisioni di finanziamento.

Venendo, più specificamente, all'assetto del sistema nazionale di valutazione e alle funzioni ad esso assegnate, sarebbe auspicabile, anche su tale

⁴⁶ In tale contesto l'Accademia francese delle scienze ha ritenuto importante formulare delle raccomandazioni fondate su tre principi: trasparenza, etica, competenza.

⁴⁷ A tale riforma è subentrata la *Réforme* Fioroso del 2013, *Loi sur l'enseignement supérieur et de la recherche*.

⁴⁸ Si veda, in tal senso, A. Banfi, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e possibili rimedi*, cit., 361 ss.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

versante, una riforma del modello sviluppatosi nel nostro Paese a partire soprattutto dal 2010.

Com'è noto l'esempio dell'esercizio di valutazione britannico, ossia il RAE/REF, svoltosi nel 1986, diede impulso molto più tardi in Italia, ossia all'inizio del XXI secolo, ad una valutazione triennale della ricerca, relativa agli anni 2001-2003, ad opera del CIVR, istituito dal D. Lgs. n. 204 del 1993.

Benché tale esperienza avesse esercitato una limitata influenza sull'università italiana, da lì prese le mosse il processo che condusse, grazie alla l. n. 286 del 2006, all'istituzione dell'Agenzia nazionale di valutazione della ricerca. Dotata di compiti estesi e diversificati solo a seguito della cd. Riforma Gelmini (l. n. 240 del 2010) che la menzionò fra i suoi principi ispiratori (art. 1, comma 4) quale strumento per la valutazione dei risultati del sistema universitario, è stata destinata ad assolverli in una logica differente da quella alla base della sua istituzione⁴⁹.

Infatti, più che essere improntato ad una finalità di promozione e di sviluppo della ricerca scientifica, il funzionamento effettivo dell'Agenzia è stato pervaso, in prevalenza, da un intento punitivo verso comportamenti di professori e ricercatori universitari giudicati presuntivamente, per gran parte, improduttivi⁵⁰.

Tale giudizio, peraltro, è stato fondato su percezioni ed episodi specifici e non su un'accurata e seria analisi del rapporto sussistente fra le risorse pubbliche erogate dai poteri pubblici per finanziarie l'attività di ricerca da questi svolta in percentuale del Pil e i risultati scientifici da questi ottenuti.

Il recente rapporto commissionato dal Governo britannico a Elsevier, finalizzato ad indagare con strumenti statistici la *performance* della ricerca inglese rispetto a quella del resto del mondo ha dimostrato, in effetti, che, a parità di *input*, ossia di quanto i Paesi analizzati investono nella ricerca scientifica, l'Italia sarebbe al terzo posto dopo il Regno Unito e il Canada. Gli scarsi risultati ottenuti in assoluto dal nostro Paese nella produzione scientifica sarebbero dunque, principalmente, un effetto della scarsa entità della spesa pubblica investita sia nel finanziamento cd. di base delle Università,

⁴⁹ Sull'istituzione dell'Agenzia si v. A. Mari, *L'Agenzia nazionale di valutazione del sistema dell'Università e della ricerca*, cit. Sul tema si veda anche A. Marra, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo dell'Anvur*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014,

⁵⁰ Per alcune serrate critiche, sia pure in chiave propositiva, al concreto svolgimento dell'Agenzia, si v. A. Banfi, *Salvare la valutazione dall'Agenzia di valutazione*, in *www.federalismi.it*, 21 novembre 2012; più nello specifico si v. ID., *La rivoluzione dall'alto nell'Università italiana*, in *Astrid Rassegna* 166 (17/2012).

orientato principalmente alla didattica, sia in quello diretto a finanziare progetti competitivi⁵¹.

Nel nostro Paese negli ultimi anni si è ridotto drasticamente il finanziamento di base e, salvo qualche sporadica iniziativa, si è pressoché azzerato quello destinato a supportare progetti di ricerca competitivi⁵².

Oltre all'eccesso e alla diversità di competenze attribuite all'Agenzia – comprensive sia dell'allocazione di fondi per la ricerca (art. 5, comma 5; art. 9, comma 1), sia della valutazione individuale, *ex ante* ed *ex post*, del reclutamento (art. 5, comma 1; art. 6, comma 7; art. 24, comma 2), della valutazione della didattica e dell'accreditamento di sedi, corsi di laurea, corsi di dottorato (art. 5, comma 3; art. 19) e, infine, di razionalizzazione dell'offerta formativa (art. 3) – essa non è stata dotata di un'effettiva autonomia dal vertice ministeriale.

L'autonomia effettiva del funzionamento dell'Agenzia dal vertice politico risulta condizionata dal ruolo incisivo svolto dal Ministro nella nomina del Consiglio direttivo (art. 8, D.P.R. 2010, n. 76), nella definizione delle relative linee di azione e nella vigilanza da questo esplicata.

L'assegnazione al Ministro, in via esclusiva, del conseguente potere di nominare i membri del consiglio direttivo, in effetti, non risulta bilanciato in modo adeguato – com'è stato rilevato⁵³ – dall'obbligo di attingere ad un elenco di 10-15 membri composto da un Comitato di selezione costituito con decreto ministeriale e designato da autorità scientifiche anche estranee al Governo. Che l'aspirazione iniziale, tuttavia, fosse quella di un'effettiva separazione dal vertice ministeriale emerge dai principi che, sulla base del decreto istitutivo, dovrebbero ispirare la sua azione ossia i «principi di imparzialità, professionalità, trasparenza e pubblicità degli atti» e l'indipendenza

⁵¹ Per un'analisi più approfondita di tale rapporto si veda G. Lipari, *La performance della ricerca scientifica*, in *www.roars.it*, 1 luglio 2014; sulla diminuzione progressiva degli investimenti nella ricerca, nel nostro Paese, si veda E. D'Alterio, *Il Rapporto 2013 sullo stato del sistema universitario e della ricerca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1188. Tale Rapporto evidenzia andamenti al ribasso sia per le entrate sia per le uscite: le risorse investite risultano inferiori alla media Ocse in rapporto al numero degli studenti e al Pil. Soprattutto nel 2008 si è registrata una significativa diminuzione delle risorse (fra l'11 e il 18%) provenienti dal Fondo di finanziamento ordinario che ha influito in modo significativo sul peggioramento dei bilanci degli Atenei.

⁵² In tal senso si v. A. Fuggetta, *Per un'università di qualità al servizio dello sviluppo del Paese*, in *www.Roars.it*, 12 novembre 2015.

⁵³ In tal senso osserva C. Pinelli, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Aic*, n. 3 del 2011; anche in Munus, 2011, 575; si veda anche, nella stessa rivista, G. Della Cananea, *Interpretazioni della Costituzione e valutazioni della ricerca: interrogativi ed ipotesi*, cit., 633.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

«nella scelta dei criteri, dei metodi e degli strumenti di valutazione, nonché nella formulazione dei rapporti di valutazione» (art. 2, comma 3, d.P.R. n. 64 del 2008).

L'adesione al modello organizzativo dell'*executive agency*, anziché a quello, più diffuso a livello europeo, dell'Autorità indipendente dal vertice ministeriale, non risulta coerente con la sua funzione prevalente, ossia quella di promuovere, attraverso la valutazione, la qualità della ricerca scientifica nel rispetto della libertà della scienza dall'ingerenza dei poteri pubblici⁵⁴. Tale scelta, inoltre, rappresenta un'anomalia a livello europeo laddove l'indipendenza delle Agenzie di valutazione costituisce un requisito irrinunciabile a tutela stessa del valore della libertà e dell'autonomia della ricerca scientifica, ritenuto più rilevante della necessità di una sua valutazione.

La stessa, peraltro, risulta coerente con il disegno, insito nella legge di riforma, di delineare «un sistema universitario sotto tutela» attraverso il rafforzamento della centralità del Ministero dell'università e della ricerca e l'indebolimento della rappresentanza degli interessi delle comunità scientifiche⁵⁵.

Alla concentrazione di competenze nell'Agenzia si è accompagnato, infatti, in modo speculare, lo svuotamento conseguente delle funzioni del Cun che, sebbene sia, almeno in parte, elettivo e costituisca, pertanto, l'organo rappresentativo delle comunità scientifiche, è stato gradualmente relegato ad un ruolo marginale e non ha assicurato, quindi, il necessario coinvolgimento delle comunità scientifiche nelle procedure di valutazione.

La mancanza di un nesso con i soggetti valutati, sostanzialmente estromessi sia dalla formulazione dei criteri di valutazione sia dalla redazione dei *rankings* delle riviste, ha posto le premesse per un funzionamento inefficace della valutazione istituzionale.

La condivisione dei criteri e dei parametri di valutazione da parte delle comunità scientifiche e il rispetto delle convenzioni in esse vigenti, infatti, era una delle condizioni essenziali per rendere efficace l'attività di valutazione introdotta. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere interlocutorio reso in data 25 febbraio 2011, n. 670 dalla sezione consultiva per gli atti norma-

⁵⁴ La proposta di istituire un'autorità realmente indipendente era stata formulata da M. Cammelli, F. Merloni, *Università e sistema della ricerca. Proposte per cambiare*, Bologna, 2006.

⁵⁵ In tal senso si vedano le osservazioni di A. Sandulli, *La rappresentanza dei saperi e delle discipline: il Consiglio Universitario Nazionale e la teoria del doppio centro*, Relazione alla giornata di studio, «Autonomia universitaria e rappresentanza delle comunità accademiche, dei saperi e delle discipline», Roma, 19 settembre 2011; in *Munus* 2011, 599; A. Travi, *Organi consultivi e processi decisionali dopo la riforma universitaria*, ibidem, 623; A. Lenzi, C. Barbati, *Per un riordino del Consiglio Universitario Nazionale*, cit., 675.

tivi, aveva sostenuto che la definizione di criteri e parametri su cui doveva fondarsi il motivato giudizio delle commissioni nazionali sui candidati all'abilitazione, avrebbe dovuto avvalersi di organi di consulenza tecnica rappresentativi della comunità scientifica, come, ad esempio, il Cun.

6. Alcuni spunti ricostruttivi a partire dal modello europeo di valutazione dell'attività scientifica

La stretta correlazione fra valutazione dell'attività di ricerca, culture amministrative e stili di comportamento delle comunità scientifiche sconsiglia decisamente un trapianto *tout court* nel nostro ordinamento del modello presente in un'altra esperienza europea; una prassi funzionante in modo eccellente in un altro ordinamento, infatti, potrebbe essere resa inefficace da comportamenti consolidati nel nostro costume nazionale.

Né dalle istituzioni europee può attendersi la costruzione di un modello di valutazione fondato su parametri in grado di vincolare le esperienze nazionali⁵⁶.

Il tipo di integrazione presente nello spazio europeo della «ricerca e dello sviluppo tecnologico e dello spazio» (art. 165 TCE), in effetti, non si avvale di precetti vincolanti ma si fonda e si costruisce, grazie all'azione di coordinamento esplicita dalla Commissione, su una fertilizzazione reciproca delle esperienze nazionali e la presentazione dei modelli e delle soluzioni più efficaci e convincenti, da declinare nel modo più adatto al relativo contesto nazionale.

La stessa competenza comunitaria sulla valutazione consiste, sulla base del diritto primario dell'Unione (art. 165 TCE), nella «preparazione di elementi necessari per il controllo e la valutazione periodici» dell'azione di coordinamento della ricerca e dello sviluppo tecnologico, al fine di garantire una coerenza reciproca fra le politiche nazionali e quella dell'Unione. A questa si affiancano le altre forme di valutazione, più specifiche, dirette a selezionare i beneficiari dei finanziamenti, specificamente previsti in ciascun programma europeo di ricerca⁵⁷.

Tali competenze traggono origine, come illustrato più ampiamente in

⁵⁶ Sul tema si veda M. Vaira, *La valutazione della qualità dell'istruzione superiore in Europa: istituzionalizzazione, pratiche e conflitti*, in *Rass. It. Soc.*, 2008, 215.

⁵⁷ Sul tema si veda, *amplius*, L. De Grassi, *Ricerca industriale e valutazione di scopo*, in L. Degrossi (a cura di), *La ricerca scientifica tra Stato e mercato. Ipotesi di collaborazione*, Napoli, 2014, 75.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

altra sede⁵⁸, dalla necessità di affidare il recupero di competitività dell'economia europea dinanzi alla concorrenza dei mercati mondiali ad un'iniziativa dell'Unione negli ambiti materiali dell'istruzione, della formazione e della ricerca, sotto l'impulso del Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000. Grazie alla sua attivazione, invero, l'Unione doveva divenire l'economia della conoscenza (*knowledge economy*) «più competitiva e dinamica al mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale».

Benché il conseguimento di tale obiettivo sia affidato ad un metodo di coordinamento comunitario che non crea, in capo agli Stati, obbligazioni giuridicamente vincolanti né attribuisce ai cittadini europei pretese immediatamente esigibili, la sua attivazione non è priva di un'influenza significativa perché favorisce la messa in comune, da parte degli Stati, degli strumenti per migliorare le loro *performances* amministrative e confrontarsi sui meccanismi più adatti per ottenerle.

Proprio al fine di offrire agli Stati orientamenti in tale ambito, l'*European Association for Quality Assurance in Higher education*, su mandato della Conferenza svoltasi a Berlino nel 2003, ha redatto un rapporto in base al quale i ministri dell'istruzione superiore dei Paesi aderenti al processo di Bologna, nella Conferenza di Bergen del 2005, hanno adottato un documento intitolato *European standards and guidelines* (ESG) per l'assicurazione della qualità nello Spazio europeo⁵⁹. Tali parametri, in sintesi, dovrebbe essere i seguenti: 1) l'istituzione di un'agenzia per lo svolgimento della valutazione esterna dotata di carattere di terzietà, quindi non soggetta alla vigilanza del vertice politico, e di appropriate risorse finanziarie ed umane; 2) lo svolgimento di procedure di valutazione pubbliche, sulla base di criteri di misurazione predeterminati; 3) la coerenza fra il tipo di procedure attivate e le finalità propostesi con la valutazione; 4) l'ottenimento di risultati chiari e accessibili; 5) l'attivazione di controlli sui risultati interni, a seguito dello svolgimento della valutazione; 6) la riforma periodica dei procedimenti.

Alla luce delle linee europee di indirizzo, numerosi sono i correttivi che potrebbero introdursi per restituire efficacia e credibilità al funzionamento dell'attività nazionale di valutazione sia nelle modalità, sia sotto il profilo degli attori che la svolgono.

Sarebbe da attuarsi, anzitutto, una netta separazione fra i soggetti cui è affidata la valutazione della qualità della ricerca e quelli deputati ad assumere

⁵⁸ Mi sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione*, Milano, 2006.

⁵⁹ In tal senso si veda anche, più di recente, *Guidelines for external reviews of quality assurance agencies in the European Higher education area*, 22 febbraio 2013.

scelte politiche e di finanziamento conseguenti alle informazioni acquisite attraverso la valutazione. Questa separazione è necessaria al fine di evitare che l'attività di valutazione abbia il fine prevalente di legittimare scelte politiche dirette a comprimere l'erogazione di finanziamenti agli Atenei e sia congegnata in modo prevalente al fine di giustificarle.

A tal fine sarebbe indispensabile che l'Autorità assumesse quel carattere di effettiva terzietà dal vertice politico richiesto al fine dell'accreditamento da parte dell'*European Association for Quality Assurance in Higher Education*⁶⁰.

Dovrebbero essere messi in atto, inoltre, meccanismi e canali di finanziamento della ricerca che, in modo anche non consequenziale ai risultati della valutazione, premino e incentivino il pluralismo scientifico al fine di ridurre il rischio di conformismo insito nell'applicazione di metodi quantitativi⁶¹.

Alle Agenzie nazionali di valutazione dovrebbero competere, inoltre, decisioni esclusivamente tecniche, relative all'applicazione dei meccanismi di valutazione; la formulazione di criteri o la redazione di *ranking* di riviste dovrebbero essere affidate a organismi rappresentativi della comunità scientifica o comunque definiti con il loro contributo decisionale, come avviene in quasi tutte le esperienze nazionali (ad esempio quella anglosassone da cui ha preso le mosse la nostra)⁶².

In tal senso sarebbe opportuno – com'è stato peraltro autorevolmente proposto – provvedere ad una riforma sul piano organizzativo e funzionale del Cun in modo da farlo divenire realmente «il luogo di rappresentanza della comunità scientifica nazionale», in cui saperi e discipline possano contribuire allo sviluppo della scienza e al miglioramento dell'attività didattica anche attraverso la formulazione di criteri e di parametri condivisi di valutazione. Sempre al Cun dovrebbe essere restituita, proprio in quanto sede di rappresentanza elettiva delle comunità scientifiche, la potestà disciplinare sul personale docente e ricercatore in relazione ai comportamenti più gravi di violazione dell'etica scientifica in materia di proprietà intellettuale e di plagio che, attualmente, spetta alle sedi universitarie.

L'applicazione della *peer review* dovrebbe avvenire nel quadro e nel rispetto di parametri obiettivi e condivisi di qualità della ricerca; i soggetti va-

⁶⁰ Questa terzietà è ricompresa fra gli *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area* adottati dai ministri competenti a Bergen nel 2005.

⁶¹ Una proposta in tal senso avanza A. Baccini, *Come ridurre i danni della valutazione. Un commento a margine di Donald Gillies*, in *Roars*, 31 ottobre 2014.

⁶² In tal senso si v. W. Gasparri, *Conoscenza e decisione nella valutazione della ricerca scientifica. Esperienze giuridiche europee a confronto*, cit., 197 ss.

la natura non neutrale dei metodi e dei soggetti

lutatori, inoltre, dovrebbero improntare il proprio giudizio a principi di carattere etico e esprimere valutazioni coerenti con le convenzioni e i principi epistemologici vigenti all'interno delle diverse comunità scientifiche. Inoltre le procedure e i criteri applicati andrebbero resi trasparenti, essere scanditi secondo fasi predeterminate e produrre risultati accessibili e chiari alla comunità accademica.

Non andrebbe trascurata, inoltre, la valutazione più informale promossa all'interno delle Associazioni e organizzazioni di studiosi sia per esigenze interne alla Comunità accademica sia per fornire un apporto qualificato sulla meritevolezza sul piano scientifico dei candidati alle future abilitazioni nazionali. Sempre queste associazioni dovrebbero redigere Codici etici di condotta contenenti gli obblighi dei soci in materia di *publication ethics* e di appositi organi incaricati di accertare ed eventualmente valutare i comportamenti censurabili.

Altrettanto distinte dovrebbero risultare, in seno alle Agenzie nazionali, le funzioni di valutazione dell'attività di ricerca da quelle di «assicurazione della qualità» dell'insegnamento universitario⁶³. Dalle prime andrebbero distinti, in effetti, i compiti di carattere organizzativo – aziendale relativi alla verifica del possesso di «idonei requisiti didattici strutturali, organizzativi, di qualificazione dei docenti e delle attività di ricerca, nonché di sostenibilità economico-finanziaria» (art. 5, comma 2, lett. a) della l. n. 240 del 2010), indispensabili ad ottenere l'accreditamento delle sedi e dei corsi di studio universitario.

Il riscontro del possesso di tali requisiti richiede, in effetti, competenze differenti da quelle, fondate principalmente sulla qualificazione scientifica, sulla base delle quali sono scelti i membri dell'Anvur e dei sottostanti Gev⁶⁴.

Questo non significa che la valutazione dell'attività didattica possa prescindere dall'attività di ricerca svolta dal docente.

Non va trascurato, in effetti, che uno degli indici di valore dell'azione intrapresa dall'Anvur risulti, sulla base del regolamento istitutivo, «l'integrazione ed il mutuo sostegno tra attività didattiche e di ricerca dell'Università»⁶⁵.

⁶³ Su cui si veda C. Barbati, *L'«assicurazione della qualità» nel sistema universitario al tempo dell'Anvur*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 701, in merito al D. M. 30 gennaio 2013, n. 47 «Decreto di autovalutazione, accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio e valutazione periodica». Si veda anche ID., *La valutazione del sistema universitario*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 816, 820 sulle conseguenze del mancato accreditamento delle sedi universitarie esistenti.

⁶⁴ Per una proposta in tal senso si veda A. Baccini, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e possibili rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, cit.

⁶⁵ Per alcune proposte tese a valorizzare l'interazione fra didattica e ricerca, in sede di

Com'è stato rilevato, la logica che impronta il regolamento è quella, anzi, per cui fra attività didattica e ricerca si debba attivare una dinamica virtuosa d'interazione. Nell'azione didattica saranno riversati, infatti, i risultati originali ottenuti nell'attività di ricerca e i relativi contenuti ne beneficeranno in profondità e innovazione. La presentazione degli esiti della ricerca nelle sedi della didattica permetterà, in modo speculare, un primo controllo della loro validità, da promuovere attivando su di essi un confronto interattivo.

In realtà nell'esperienza francese anche l'*Agence d'évaluation* era incaricata di una missione globale di accertamento della qualità che investiva sia le istituzioni universitarie e gli enti di ricerca, sia il livello di formazione ricevuto dagli utenti e l'attività di ricerca condotta dalle singole unità. Dalla valutazione che confluiva nella determinazione redatta dall'Agenzia, tuttavia, non conseguivano effetti diretti. Le procedure di finanziamento e di riconoscimento dei titoli di studio restano tutt'ora, in ogni caso, di competenza del vertice ministeriale.

Nelle proposte sopra individuate, discendenti dagli *standards* e *guidelines* europei, può discendere una possibile revisione dell'esperienza nazionale di valutazione istituzionale che, sebbene non deducibile interamente da una specifica esperienze europee, potrà comunque giovare dei frutti ottenuti in altri ordinamenti nazionali oltre che evitarne i difetti già sperimentati. A tale revisione è affidato il tentativo di individuare, in sede nazionale, il delicato equilibrio fra libertà dell'attività scientifica e suo esercizio responsabile.

Abstract

The analysis addresses the methods of academic research assessment put in place in Italy, France and the United Kingdom. Namely, it questions the suitability of both methods and evaluators not only to infer the proper amount of financial support and public control over academic research, but mainly to achieve a real improvement of results. It appears that current methods are not neutral with respect to the concept and the goals of scientific evaluation as well as to the possibility to enhance scientific activity. Ultimately, the paper suggests some remedies to achieve those objectives.

valutazione istituzionale si veda F. Fracchia, A. Gianelli, *La valutazione della didattica come banco di prova per il rinnovamento dell'Università*, in *Ripensare l'università*, cit., 101 ss.

BENEDETTO CIMINO

IL VALORE LEGALE DEI TITOLI DI STUDIO: ERRORI DI PROSPETTIVA

SOMMARIO: 1. Il valore legale dei titoli di studio. – 2. Quattro ragioni per spiegare il valore legale dei titoli di studio. – 3. Il modello alternativo: il sistema di accreditamento anglosassone. – 4. Alcune critiche all'uniformità del valore legale. – 5. Gli attori del sistema istituzionale e le reali alternative. – 5.1. L'accesso agli impieghi presso le pubbliche amministrazioni... – 5.2. (segue) (...) e il ruolo dei sindacati nel pubblico impiego. – 5.3. L'accesso alle professioni regolamentate... – 5.4. (segue) (...) e la posizione degli ordini. – 6. Considerazioni di sintesi.

1. Il valore legale dei titoli di studio

A cadenze periodiche, si riapre, in sede politica, professionale o scientifica, il dibattito sul *valore legale* dei titoli di studio, spesso accompagnato da proposte di sua attenuazione o abolizione. Nel 1997, il *rapporto sull'autonomia didattica* licenziato della commissione ministeriale Martinotti proponeva la “graduale sostituzione di un valore formale del titolo di studio [...] con un sistema di certificazioni *a posteriori* o accreditamento”. Nel 2009, la Camera dei deputati approvò un ordine del giorno che impegnava il Governo al “graduale superamento del valore legale del titolo di studio”. Nel marzo 2012, la VII Commissione Cultura del Senato della Repubblica ha pubblicato un ponderoso documento conclusivo di un'indagine conoscitiva “sugli effetti connessi all'eventuale abolizione del valore legale diploma di laurea”. Sempre nel 2012, all'esito di un Consiglio dei ministri, si affidò al Ministro dell'università il compito di sottoporre a consultazione pubblica il problema del valore legale dei titoli di studio, in vista di una organica riforma della materia.

È rituale, in tutti quanti si occupino del tema, una *caveat* preliminare, sulla portata sfuggente – o, addirittura, apparente – del problema. In verità, da una sommaria ricerca testuale su una banca dati giuridica, risultano oltre trecento disposizioni normative nazionali, di varia fonte e livello, che utilizzano la nozione di “*valore legale*” riferita ai titoli di studio. E tuttavia, nes-

suna di queste norme definisce tale nozione, che il legislatore sembra dare per ovvia; quasi sempre ad essa si fa riferimento al fine di stabilire l'equipollenza o il mutuo riconoscimento fra titoli rilasciati da vari soggetti (enti statali e non statali, università estere, ecc.). In concreto, l'effettiva portata giuridica del *valore legale* si ricava solo in via indiretta, da una pluralità di disposizioni – contenute nel codice penale, nel codice civile e in numerose leggi amministrative – che prendono in considerazione, a vari fini, il possesso del *titolo di studio*. Da qui occorre senz'altro partire.

Il primo e forse più immediato effetto – sul piano sociale, prima ancora che giuridico – del conseguimento del titolo è la liceità del suo *uso pubblico*. L'*usurpatore* del titolo (“chi si arroga dignità o gradi accademici”) è punito dall'art. 498 c.p., che integra, non a caso, una fattispecie di delitto (oggi invero depenalizzata) contro la *fede pubblica*. Possono, poi, individuarsi effetti *interni* all'ordinamento scolastico: il conseguimento di un titolo di studi inferiore è requisito per l'iscrizione a corsi che consentono di ottenere un titolo superiore. Il tema, oggi, è di particolare importanza soprattutto ai fini dello scambio e della circolazione degli studenti di diverse nazioni.

Un terzo profilo è però il più rilevante: la spedita del titolo di studio nel mercato del lavoro (pubblico e privato), come presupposto legale per l'accesso ai pubblici uffici o per l'esercizio di una professione regolamentata. In verità, nel nostro ordinamento, sono eccezionali i casi di titoli direttamente *abilitanti*: già l'art. 172 del r.d. n. 1592 del 1933, *T.u. sull'istruzione superiore*, attribuiva ai diplomi “esclusivamente valore di qualifiche accademiche”. Il valore legale del titolo è dunque *indiretto*: esso costituisce *requisito* per l'ammissione ai pubblici concorsi o al tirocinio professionale e all'esame di Stato *ex art. 33 Cost.*

A ben vedere, in questi casi, il valore legale è l'effetto di una *doppia riserva* in capo allo Stato. La legge definisce, da un lato, i percorsi universitari, fissando le *classi* di laurea, la loro durata, i contenuti formativi minimi, ecc.; e, dall'altro lato, i percorsi di accesso alla professione e agli impieghi pubblici (laurea in giurisprudenza per l'accesso alla magistratura; laurea in programmazione e gestione delle politiche sociali per la professione di assistente sociale, ecc.). Si crea, in questo modo, una corrispondenza *biunivoca* tra titolo universitario e sbocco lavorativo, che può essere più o meno rigida.

Per il versante delle professioni regolamentate, puntuali tabelle di corrispondenza sono contenute, in particolare, nel d.P.R. n. 328 del 2001, recante *Disciplina dei requisiti per l'ammissione all'esame di Stato e delle relative prove per l'esercizio di talune professioni*, adottato a seguito della riforma del sistema universitario della XIII Legislatura; altre disposizioni si trovano poi nelle singole leggi professionali.

il valore legale dei titoli di studio

Per l'accesso agli impieghi pubblici, quanto ai *grandi corpi* (magistratura, carriera prefettizia, carriera diplomatica, ecc.) la disciplina dei concorsi e i titoli di accesso sono individuati dai singoli ordinamenti; per i *professionisti* delle pubbliche amministrazioni (ingegneri del genio civile, architetti degli uffici tecnici comunali, medici ospedalieri, ecc.) vale il rinvio alle corrispondenti classi di laurea imposte per l'accesso alla libera professione. Per il restante pubblico impiego, infine, la materia è in larga misura delegificata ed è rimessa in parte alla contrattazione collettiva e, in altra parte, alle valutazioni delle amministrazioni nella redazione dei singoli bandi.

2. Quattro ragioni per spiegare il valore legale dei titoli di studio

L'attribuzione di un valore *legale* ed *uniforme* ai titoli di studio può avere molte giustificazioni. Qui se ne indicano quattro.

La prima e più intuibile è la tutela della *fede pubblica* e la semplificazione dei rapporti economici e professionali. Si vuole che chiunque possa fare legittimo affidamento nella *competenza professionale specifica* del titolare del diploma o dell'abilitazione riconosciuta dalla legge. Ordinariamente, in questi casi, la legge accompagna un controllo pubblico a monte (affidato al sistema universitario) con controlli corporativi a valle (affidati agli ordini e agli altri organi esponenziali delle categorie professionali, specie in ambito deontologico). Questi interventi sono necessari e difficilmente potrebbero essere sostituiti dalle normali dinamiche di mercato, in presenza di attività intellettuali particolarmente complesse, con forte asimmetria informativa tra prestatore e fruitore del servizio.

La seconda ragione concerne il reclutamento dei dipendenti pubblici. Lo Stato impone il possesso di previ requisiti formativi per partecipare ai concorsi, per poter gestire in modo più efficiente ed imparziale le procedure. Gli istituti di istruzione superiore operano al tempo stesso, come *formatori* e come *preselettori* dei candidati, riducendone il numero e migliorandone la preparazione media. In parte, questo approccio è il precipitato storico della scelta effettuata dallo Stato di affidare alle proprie università la formazione delle *élite* amministrative. In altra parte, e forse più banalmente, esso si lega ad una certa sfiducia nel sistema concorsuale e nella capacità degli organi burocratici che lo dirigono di selezionare i migliori, per cui si preferisce affidare ad enti esterni, le università appunto, una funzione di filtro.

Una terza ragione è politica. Il valore legale dei titoli consente allo

Stato di controllare il sistema educativo – la “conquista statale delle Università”, secondo Sabino Cassese –: se, in astratto, l’insegnamento è libero, in concreto, gli enti che possono rilasciare titoli *spendibili* nei pubblici concorsi e nelle professioni hanno una capacità di attrarre studenti incommensurabilmente superiore. Tali enti sono gli istituti di Stato e quelli cui lo Stato conceda uno speciale riconoscimento: gli uni e gli altri sono soggetti a controlli ed ingerenze del Governo (la cui intensità, naturalmente, può molto variare ed molto variata nel corso del tempo).

Una quarta ragione si lega alla circolazione internazionale dei lavoratori e dei professionisti. Avere un sistema di titoli legali e dal valore predeterminato agevola il mutuo riconoscimento dei diplomi e delle abilitazioni professionali, consentendo il ricorso a meccanismi automatici o quasi automatici da parte delle autorità preposte.

3. Il modello alternativo: il sistema di accreditamento anglosassone

La descritta disciplina del valore – *legale ed uniforme* – dei titoli di studio è frutto di scelte stratificate, risalenti al periodo liberale della storia amministrativa nazionale e alla necessaria spinta *centripeta* all’epoca imposta dalle istituzioni post-unitarie. Essa si lega strettamente a due percorsi paralleli. Il primo è la *statizzazione* dell’istruzione superiore e il forte accentramento in capo al Ministero delle funzioni di organizzazione e indirizzo del sistema universitario: ad un modello uniforme di ateneo, doveva corrispondere un uniforme valore del titolo rilasciato. La seconda è la *pubblicizzazione* dei collegi professionali, che da organi esponenziali di comunità private diventano enti amministrativi: lo Stato assume così il controllo sull’accesso alle professioni, prima frutto di scelte corporative. Non si tratta di una peculiarità nazionale; lo stesso percorso, sia pure in tempi e forme diverse, è stato seguito da tutti gli Stati europei continentali.

Soluzioni alquanto differenti sono state invece adottate nel mondo anglosassone. Ciò non vuol dire, naturalmente, che in Inghilterra e negli Stati uniti manchi un valore *ricosciuto* dei titoli di studio, comunque necessario per assicurare le esigenze di pubblica fede e di formazione e preselezione della classe dirigente (pubblica e privata) di cui si è detto al paragrafo precedente. Piuttosto, questi stessi obiettivi sono perseguiti con strumenti differenti, che vedono un minore (ma certo non nullo) ruolo dello Stato centrale che, storicamente, non ha inteso assumere il monopolio dell’istruzione.

Questo approccio si basa essenzialmente su due pilastri: l’*accreditamento*

il valore legale dei titoli di studio

(in luogo del riconoscimento diretto) degli istituti di formazione superiore e il *controllo corporativo* o semi-corporativo (in luogo del controllo pubblico) dei percorsi di accesso alle professioni. In concreto, lo Stato non disciplina i corsi di studio, né riconosce o autorizza l'istituzione di università private; piuttosto individua gli enti che hanno la funzione di accreditare le istituzioni e i corsi, accertando, all'esito di verifiche rigorose, che essi rispondano a determinati requisiti minimi di qualità.

Negli Stati uniti, queste *agencies* di accreditamento – tendenzialmente soggetti privati – sono a loro volta riconosciute o dal Dipartimento federale dell'educazione o dal *Council for Higher Education Accreditation*, un organo di autogoverno che riunisce oltre tremila istituzioni universitarie ed altri soggetti pubblici e privati. In Inghilterra, esiste, da un lato, un sistema di controllo pubblico indipendente sulle istituzioni universitarie (affidato alla *Quality Assurance Agency for Higher Education*) finalizzato all'erogazione di finanziamenti pubblici; dall'altro lato, un sistema di accreditamento dei singoli corsi, finalizzato alla spendita del titolo per l'accesso alle professioni, gestito dalle associazioni professionali. Ciò può accadere perché tramite leggi o, più spesso, atti concessori (*royal charter*), le associazioni di categoria (la *Law Society*, il *General Medical Council*, l'*Institute for Chartered Engineers*, ecc.) non si limitano a svolgere, come in Italia o in Francia, semplici funzioni amministrative di custodia e gestione degli albi, ma sono titolari di tutte le funzioni regolatorie della vita professionale, ivi comprese la definizione dei criteri di accesso. È competenza di tali associazioni private, dunque, accreditare un determinato corso di studi presso una data università e, quindi, stabilirne il *valore*.

Questi modelli, basati sul controllo corporativo della formazione (affidato agli ordini professionali o alle stesse istituzioni universitarie) hanno prodotto nel mondo anglosassone risultati di eccellenza; è evidente, tuttavia, che essi si reggono su particolari equilibri e non sono agevolmente o immediatamente esportabili. In assenza di regole riconosciute, stratificate e largamente accettate e di una diffusa fiducia del sistema economico e sociale negli organi competenti ad applicarle, è evidente il pericolo di deviazioni protezionistiche o autoreferenziali.

4. Alcune critiche all'uniformità del valore legale

Il valore *legale* ed *uniforme* dei titoli di studio in Italia è da tempo oggetto di una varietà di critiche.

Un primo gruppo di questioni concerne i *rapporti verticali* tra potere

pubblico e ordinamento universitario: la tendenza all'omogeneità della formazione, la rigidità dei percorsi didattici e l'eccesso di controllo centrale. È un problema storico dell'università italiana, tuttavia almeno in parte attenuato dalle riforme avviate a cavallo degli anni Novanta del secolo scorso (l. n. 168 del 1989 e n. 341 del 1990 sull'autonomia statutaria e didattica) e, poi, nella XIII Legislatura. Non è raro, tuttavia, leggere critiche di opposto tenore, con riferimento ad un abuso dell'autonomia concessa, con riferimento alla moltiplicazione delle sedi e dei corsi di laurea, decisa non sempre su basi di efficienza.

Un secondo problema è quello, orizzontale, della *concorrenza tra università* e degli effetti sulla qualità dell'istruzione impartita. Si denuncia l'esistenza di un circolo vizioso, poiché gli atenei sarebbero incentivati ad allineare verso il basso gli standard formativi, fino al livello minimo necessario per mantenere il riconoscimento pubblico, così aumentando le iscrizioni di studenti attratti da corsi meno impegnativi. Da qui la proliferazione di atenei e corsi di laurea, la semplificazione eccessiva dei contenuti didattici, la banalizzazione delle verifiche di apprendimento, la rinuncia all'innovazione (si vedano, per la varietà di accenti, le audizioni rese nella citata indagine conoscitiva sul tema, svoltasi presso il Senato).

Un terzo gruppo di critiche riguarda la *limitazione della concorrenza tra i possessori del titolo*. È un effetto della rigida corrispondenza biunivoca tra classi di laurea e percorsi professionali e della loro eccessiva frammentazione. La riforma dell'accesso alle professioni disposta con il d.P.R. n. 328 del 2001 ha fortemente accentuato il problema, con la creazione di *sezioni* ("ambiti professionali diversi in relazione al diverso grado di capacità acquisita mediante il percorso formativo") e di *settori* ("circoscritte e individuate attività professionali") all'interno degli albi, variamente modulate in base al tipo di laurea posseduta e alla specializzazione, con indubbio effetto di compartimentazione dell'attività professionale. Questi risvolti protezionistici, peraltro, hanno favorito i professionisti più anziani (i quali, abilitati prima della riforma, non subiscono la parcellizzazione delle riserve) a discapito dei più giovani.

Una quarta critica concerne, infine, non la *limitazione*, ma all'opposto, l'*eccesso* (e la *slealtà*) della concorrenza tra possessori di titoli tutti di eguale valore formale, ma di diverso spessore sostanziale. Si evidenziano, in particolare, sperequazioni nell'accesso ai concorsi pubblici, a causa del vincolo delle amministrazioni di equiparare i titoli di laurea ovunque conseguiti, sia come requisito di partecipazione, sia in sede di valutazione dei titoli. Collegato a questo problema, è la creazione di un *falso mercato* della formazione, alimentato dalle pubbliche amministrazioni e finalizzato non a soddisfare

il valore legale dei titoli di studio

reali esigenze formative degli interessati, ma a beneficiare di sistemi precostituiti di selezione e progressione in carriera.

Tutti questi problemi sono reali; solo alcuni, tuttavia, hanno realmente a che vedere con il *valore legale* del titolo e con la sua *uniformità*; altri, presumibilmente, verrebbero addirittura aggravati dalla soppressione del valore legale e dalla sua sostituzione con altri modelli. Ancora, alcune delle criticità denunciate si legano, per così dire, ad un *eccesso* di valore legale, altre ad un *difetto*.

Le alternative proposte all'attenzione del dibattito pubblico sono le più varie: la *sostituzione* del valore legale uniforme con un sistema di certificazione e accreditamento pubblico (o persino privato) dei corsi di studio; la creazione di *ranking* e di *rating* delle università; l'*affievolimento* del valore legale, limitato, ad esempio, alla sola laurea triennale; la *semplificazione* dei percorsi di accesso, attenuando la compartimentazione delle classi di laurea e dei relativi sbocchi. Variano spesso tempistiche e obiettivi: abolizione completa e immediata, riconsiderazione, graduale superamento, affiancamento ad altri sistemi, ecc. Il dibattito, peraltro, è spesso ideologico, fortemente polarizzato su alternative secche e muove da modelli ideali e contrapposizioni astratte (centralismo *versus* autonomia, controllo pubblico *versus* riconoscimento di mercato, ecc.), piuttosto che da una analisi concreta dei singoli problemi e delle specifiche implicazioni dei rimedi proposti.

Tra i rischi maggiori di questo approccio vi è quello di concentrare l'attenzione sul solo sistema universitario e sugli effetti che su di esso si producono, perdendo di vista la necessità di assicurare il corretto funzionamento delle procedure istituzionali che sul valore legale dei titoli fanno oggi affidamento e, in particolare, i meccanismi di accesso agli impieghi e alle professioni.

Per una corretta impostazione del problema, dunque, piuttosto che muovere dai modelli e dalle implicazioni sistematiche, occorre considerare la posizione dei singoli attori del sistema istituzionale e le alternative di scelta che ad essi concretamente si presentano.

5. Gli attori del sistema istituzionale e le reali alternative

Il sistema del valore legale dei titoli condiziona o, quantomeno, orienta i comportamenti di numerosi attori istituzionali e sociali: le pubbliche amministrazioni, in sede di reclutamento iniziale e di progressione professionale dei propri dipendenti; i sindacati del pubblico impiego, che difendono l'interesse degli iscritti a tali avanzamenti; gli ordini professionali, interessati

a difendere le prerogative dei propri iscritti (le c.d. *riserve di competenza*), ad evitare un eccesso di offerta, ma anche ad assicurare la qualità dei servizi resi ai cittadini; le imprese, che devono selezionare i migliori laureati come loro dipendenti e affidare incarichi professionali; le università, interessate a beneficiare di contributi statali e ad attrarre iscritti. Occorre considerare distintamente questi vari centri di interesse, le alternative di scelta di cui attualmente godono e gli effetti di possibili interventi di revisione dell'attuale sistema.

5.1. *L'accesso agli impieghi presso le pubbliche amministrazioni...*

Come si è chiarito in precedenza, non esiste in senso tecnico un valore *legale* ed *uniforme* del titolo di studio per l'accesso agli impieghi pubblici, con l'eccezione dei grandi corpi, della dirigenza e dei professionisti della pubblica amministrazione. Solo per queste figure, infatti, la legge (o un regolamento governativo) predetermina i requisiti di accesso, indicando le classi di laurea richieste. Per il pubblico impiego comune, il valore del titolo non è *legale*, perché i pochi vincoli previsti sono quelli contenuti nei contratti collettivi (e non nelle leggi) e non è *uniforme*, perché le amministrazioni hanno, almeno in astratto, la possibilità di variare ampiamente i requisiti di partecipazione, rendendoli più restrittivi o più laschi. In concreto, i contratti prevedono il possesso del diploma di laurea per i concorsi da funzionario e il diploma di scuola superiore per le posizioni impiegatizie, ma solo per l'accesso dall'esterno. L'amministrazione, dunque, può – e si tratta di prassi costante – *derogare* al requisito della laurea per le progressioni interne, d'intesa con i sindacati; mentre potrebbe – ma ciò è più raro – imporre dei requisiti ulteriori e specifici (ad esempio, un certo numero di anni di svolgimento della libera professione, per un concorso da avvocato di un ente pubblico). Astrattamente, non può nemmeno escludersi che l'amministrazione attribuisca punteggi superiori per i diplomi di laurea conseguiti presso alcune istituzioni universitarie o introduca dei meccanismi di ponderazione del voto di laurea, in base all'ateneo che l'ha rilasciata: in concreto, tuttavia, ciò non accade, per le intuibili difficoltà pratiche, per il forte rischio di contenzioso e per la dubbia utilità di una simile misura.

Di là da profili teorici, occorre in effetti considerare le reali necessità e criticità.

Per i concorsi pubblici, la laurea svolge una funzione pre-selettiva minima ed essenziale, estremamente semplice da prevedere nei bandi e senza rischi di contenzioso. Da un lato, la laurea non costituisce una barriera che abbassi irragionevolmente la concorrenzialità dei concorsi, visto l'attuale

stato del mercato del lavoro e l'elevatissimo numero medio di domande presentate. Dall'altro lato, l'eventuale diversa "qualità" sostanziale dei titoli non produce reali effetti distorsivi, per l'evidente ragione che – come sopra chiarito – il titolo di studio è comunemente solo un requisito di partecipazione, non un titolo valutabile a fini del punteggio che possa pesare sulle graduatorie finali. La selezione è essenzialmente svolta dal concorso, non dal titolo di studio, che viene preso in considerazione solo in fase di ammissione.

Del resto, anche laddove fosse possibile *differenziare* il valore dei titoli, occorre interrogarsi sulla reale utilità di una tale soluzione. Si può dubitare, ad esempio, che un candidato meno capace, ma laureatosi presso un ateneo prestigioso debba essere preferito ad uno più capace, che sia tuttavia laureato in un ateneo "secondario". Appare più logico dare maggiore peso alla preparazione specifica dimostrata durante la prova concorsuale, piuttosto che al generico percorso universitario, svolto magari cinque o dieci anni prima. La scelta dell'ateneo, peraltro, può essere condizionata da ragioni contingenti, quali la provenienza geografica o l'estrazione sociale; la qualità di un ateneo, infine, può variare nel tempo. In concreto, dai progetti di riforma delle procedure concorsuali oggi in discussione (vedi, da ultimo, l'art. 17 della legge n. 124 del 2015), non sembra affatto emergere la necessità di misure volte a *differenziazione* il valore legale dei titoli o a "*ponderare*" il voto di laurea a fini concorsuali, ad esempio tramite classifiche degli atenei approvate da una autorità centrale.

Vero è che tali proposte scontano il vizio metodologico di cui si detto a monte: considerare il problema del valore del titolo di studio, prescindendo dai suoi risvolti applicativi. L'obiettivo di tali misure non è tanto quello di migliorare il sistema concorsuale; ma di modificare la disciplina dei concorsi nella speranza di creare, per questa via, una concorrenza virtuosa tra gli atenei. Prima di alterare in modo così profondo gli attuali assetti, tuttavia, occorre verificare se il medesimo obiettivo non possa essere perseguito agendo su altre leve (ad esempio, "ponderando" il finanziamento pubblico) senza incidere sul valore "concorsuale" del titolo rilasciato.

5.2. (segue) ... e il ruolo dei sindacati nel pubblico impiego

Le reali criticità dell'uso del titolo legale di studio in ambito concorsuale risiedono non nella sua *uniformità*, ma, esattamente all'opposto, nell'utilizzo spregiudicato delle *deroghe* al titolo di studio minimo. Accade che in sede di contrattazione collettiva – dapprima a livello nazionale, che contiene vaghe disposizioni facultizzanti, quindi a livello decentrato con disposizioni cogenti – la pubblica amministrazione negozi con le organizzazioni

sindacali specifici requisiti di accesso alle qualifiche superiori per il personale interno.

Questi interventi sono essenzialmente finalizzati a consentire a dipendenti privi di laurea, e da sempre adibiti a funzioni routinarie o impiegatizie, di occupare, a fine carriera, posizioni funzionali, limitando il numero di posizioni disponibili per l'accesso dall'esterno, tramite pubblico concorso. L'anzianità di servizio finisce così per supplire al possesso della laurea.

A questo problema se ne lega un altro, a sua volta frutto della pervasiva capacità sindacale di condizionare i percorsi selettivi dell'amministrazione: la creazione *artificiale* di un *mercato della formazione pubblica* parallelo a quello *genuino* destinato a soddisfare una domanda reale di istruzione. Questo mercato parallelo è supportato da discipline contrattuali pubbliche che consentono al dipendente che consegue un titolo aggiuntivo (laurea, master, ecc.) di avanzare automaticamente (o quasi) in carriera, a prescindere dal confronto competitivo con colleghi ed candidati esterni, tramite l'attribuzione di cospicui punteggi aggiuntivi in procedure concorsuali interne per soli titoli. In queste fattispecie, è utile un titolo purché sia, indipendentemente dal valore sostanziale dell'insegnamento impartito e della preparazione acquisita.

Contrariamente a quanto si potrebbe ritenere di primo acchito, in questi casi, il problema non risiede nel valore (legale) *uniforme* del titolo di studio, ma nel suo valore (contrattuale) *diretto*: il conseguimento del titolo di studio non costituisce un semplice requisito per partecipare ad un concorso (e cioè quel valore *indiretto* che non solleva specifiche distorsioni), ma assicura di fatto al dipendente la promozione.

I due ambiti che si sono descritti – le deroghe ai requisiti legali di partecipazione ai concorsi, tramite l'equipollenza dell'anzianità di servizio al titolo di studio; l'attribuzione di valore legale diretto a fini di carriera al titolo di studio – dimostrano come le patologie applicative più che derivare valore legale (indiretto e uniforme) dei titoli di studio, siano più spesso una conseguenza dell'allontanamento o della deviazione dal modello.

5.3. *L'accesso alle professioni regolamentate...*

Anche per l'accesso alla professioni regolamentate, almeno formalmente, il conseguimento del diploma o della laurea non costituisce titolo abilitativo diretto, in considerazione dell'obbligo (peraltro di rilievo costituzionale) del previo superamento dell'esame di Stato. Effettivamente, tra le finalità di questa disciplina, sin dalla sua originaria istituzione, vi era quella di esercitare un controllo pubblico sulla qualità della preparazione accademica

il valore legale dei titoli di studio

delle singole università, attraverso un percorso di verifica di uniforme difficoltà su tutto il territorio nazionale. Si consideri, tuttavia, che per l'accesso a molte professioni l'esame di Stato non costituisce oggi una vera barriera e, talvolta, si risolve in una semplice formalità (l'esame di Stato per odontoiatri ha un tasso di respinti inferiore all'uno per cento; e un tasso pari o inferiore al 10% si misura negli esami di accesso alle altre professioni sanitarie, come pure alle professioni di ingegnere, chimico, biologo o farmacista): in tutti questi casi, la laurea è *di fatto* abilitante e come tale è percepita socialmente.

In alcuni settori, dunque, ogni singola università *riconosciuta* può decidere, in base alla qualità della formazione impartita e alla severità delle verifiche imposte ai propri iscritti, le condizioni di accesso al mercato delle professioni, così incidendo in modo *non omogeneo* sull'offerta di servizi professionali.

In verità, il quadro reale del fenomeno è molto frastagliato e le sue implicazioni sul tema di cui si discute alquanto varie. Occorre distinguere.

Per un primo gruppo di professioni – in particolare quelle di ambito sanitario e socio-sanitario – l'esercizio della professione è profondamente *embricato con l'erogazione pubblica dei corrispondenti servizi*. Le professioni di medico, infermiere o di tecnico radiologo sono esercitate in larghissima parte presso ospedali pubblici, con rapporto di lavoro dipendente o in convenzione con il servizio sanitario nazionale. In un simile contesto, discutere del valore legale del titolo e della sua uniformità ha relativamente poco senso, per le medesime ragioni che si sono indicate al § 5.1 a proposito dell'accesso agli impieghi: per un verso, la laurea costituisce un presupposto ineliminabile, per intuibili esigenze di tutela del pubblico; per altro verso, differenziare il valore dei titoli conseguiti non avrebbe concreta utilità, in relazione al fortissimo controllo statale sull'accesso al settore (esami ministeriali unici di accesso alle facoltà, esami nazionali di accesso alle scuole di specializzazione, concorsi pubblici per l'impiego negli ospedali). Già ora gli atenei devono “competere” per accaparrarsi i laureandi migliori, che possono scegliere la sede secondo il loro ordine di graduatoria. In questi settori, come si dirà anche in seguito, i problemi sono differenti e si legano non all'eguale valore ma, semmai, al *difetto* di concorrenza tra possessori del titolo, causato da eccessive barriere e contingentamenti all'ingresso.

Un secondo gruppo di professioni – soprattutto in ambito ingegneristico – è invece caratterizzata dall'essere svolta in larga misura in rapporto di dipendenza da imprese private. In questi casi, i datori di lavoro sono liberi di selezionare il personale senza alcun condizionamento in ordine al valore formale dei titoli posseduti. Di più: per molte posizioni, potrebbero

persino prescindere dal titolo (un *software* può essere sviluppato da un ingegnere informatico o da un tecnico diplomato, o addirittura – e non è infrequente – da un autodidatta, senza che per la concessione del brevetto sia necessaria la firma di un professionista abilitato) che, dunque, non riveste alcun *valore legale* (se si eccettua la riserva d'uso del titolo). Ancora, le imprese possono scegliere liberamente come *bacino di reclutamento* le università che ritengano garantire una migliore preparazione. A tal fine, esse si avvalgono comunemente di classifiche, graduatorie, *ranking* e segnalazioni prodotte da associazioni di settore, ampiamente diffuse e agevolmente disponibili; alcune imprese di maggiore importanza, poi instaurano rapporti diretti con i politecnici e sottoscrivono appositi protocolli di intesa. Anche per questo gruppo di professioni, dunque, la disciplina legislativa sull'uniforme valore dei titoli non sembra sollevare questioni di rilievo, né incidere sulle dinamiche concorrenziali.

Per un terzo gruppo di professioni, benché sussista effettivamente una riserva legale di attività in capo al possessore del titolo e della successiva semi-automatica abilitazione (solo i chimici possono svolgere alcune analisi rilasciando certificati utili per i controlli di legge; solo i farmacisti possono vendere medicinali, ecc.), ugualmente non sembra che, nella prassi, emergano distorsioni concorrenziali particolari (né tra le università, né tra i possessori del titolo). La natura tecnica degli insegnamenti e la necessità di *grosse infrastrutture e investimenti* per poter attivare i corsi di laurea ne hanno infatti evitato il proliferare e si registra normalmente un elevato livello di competenza professionale dei laureati.

Infine, per un quarto gruppo di professioni (in particolare, in ambito giuridico ed economico) indipendentemente dagli standard di formazione universitaria, gli ordini professionali e lo Stato hanno mantenuto un controllo efficace sulle abilitazioni: ciò accade sia grazie all'imposizione di lunghi periodi di tirocinio presso professionisti già abilitati (spesso assolutamente decisivi per il futuro professionale dell'interessato), sia grazie al maggiore rigore e selettività con cui viene verificata la competenza degli aspiranti professionisti (con percentuali di abilitati inferiori ad un terzo dei candidati). In questi casi, il valore legale del titolo mantiene un valore genuinamente *indiretto*, per cui la qualità della formazione erogata dall'università può ancora orientare in modo efficace le iscrizioni.

Questa sommaria disamina mostra come le correlazioni tra la disciplina legale del valore dei titoli di studio e le dinamiche di accesso alle professioni regolamentate siano alquanto sfumate; e che, in ogni caso, i vari settori professionali presentano profili così diversificati da rendere inutile la ricerca di soluzioni orizzontali.

il valore legale dei titoli di studio

Con ciò non significa che molte delle distorsioni spesso denunciate nel mercato delle professioni non trovino causa nel sistema universitario; ma ciò accade spesso per ragioni che poco o nulla hanno a che fare con la disciplina del valore legale (ed anzi, sono di matrice esattamente opposta). Basti qui citarne due. La programmazione degli accessi ad alcuni corsi di laurea e l'introduzione di rigide barriere di ingresso in alcune professioni, che hanno inevitabilmente alterato le scelte dei singoli, riducendo artificialmente la concorrenza in alcuni settori ed esasperandola in altri. La compartimentazione dei corsi di laurea e degli albi professionali (un problema che discende, dunque, non all'uniformità, ma – esattamente all'opposto – dalla *frammentazione del valore legale*), che hanno ingenerato limiti alla concorrenza tra professionisti.

5.4. (segue) ... e la posizione degli ordini

Le considerazioni da ultimo svolte inducono ad affrontare, in chiusura, la posizione degli enti rappresentativi delle professioni rispetto al problema di cui si discute. Il ruolo degli ordini professionali in Italia e nei paesi continentali rispetto al riconoscimento dei titoli universitari è sostanzialmente passivo. Essi sono chiamati ad una mera verifica di congruenza del titolo vantato dall'aspirante professionista con quello definito dalla legge, senza poter in alcun modo incidere sulla definizione dei *curricula*. Molte professioni non prevedono nemmeno un periodo di previo tirocinio, i cui contenuti possano essere verificati dagli ordini.

Come si è detto, questa scelta ha due ragioni storiche: una nobile, quella di rompere il monopolio corporativo delle professioni; ed una meno nobile, quella di mettere sotto controllo statale i collegi professionali e la loro autonomia. È un tema che può oggi meritare una nuova riflessione.

Nel mondo anglosassone, per comune consenso, il controllo corporativo sulla formazione universitaria (adeguatamente temperato e sotto la generale vigilanza pubblica) ha prodotto risultati d'eccellenza: si sono evitate logiche autoreferenziali dell'accademia, la formazione universitaria è stata efficacemente orientata, gli standard di selezione sono stati mantenuti a livello elevati, la ricerca scientifica non ne ha risentito. L'Unione europea, a sua volta, ha ritenuto che un ruolo proattivo delle associazioni professionali – in parallelo o supplendo al ruolo regolatore degli Stati – possa assumere grande importanza ai fini dell'omogeneizzazione dei percorsi di studio e della circolazione dei professionisti. A tal fine, l'art. 15 della direttiva 2005/36/CE, c.d. *qualifiche* affida ad “associazioni o organismi professionali rappresentativi a livello nazionale ed europeo” la facoltà di proporre *piattaforme comuni* per “colmare le differenze sostanziali individuate tra i requisiti

in materia di formazione esistenti nei vari Stati membri per una determinata professione”. Negli ultimi anni, in effetti, si assiste in Italia a rivendicazioni degli ordini professionali per un più intenso coinvolgimento nelle politiche universitarie e nell’accreditamento dei corsi di laurea – specie in ambito ingegneristico –, come forma per correggere lo scadimento (vero o presunto) degli standard formativi.

Si tratta, evidentemente, di un percorso delicato. Di là dalle profonde differenze di contesto rispetto al modello anglosassone, sostituire al valore *legale*, il controllo *corporativo* dei titoli di studio potrebbe presumibilmente offrire il vantaggio di portare ad un innalzamento degli standard formativi, ma presenta seri rischi di chiusura protezionistica; è facile immaginare, peraltro, che le università opporrebbero una forte resistenza a soluzioni di questo tipo. Come si evidenzia, d’altro canto, alcune associazioni professionali hanno cercato di ottenere il medesimo risultato attraverso un’opera di *lobbying* opaca, o premendo sul decisore politico o grazie alla confusione tra vertici accademici e vertici professionali che si rinviene in molti ambiti. Tutto ciò con l’aggravante che, fino ad oggi, le politiche corporative o protezionistiche sono state perseguite dalle professioni non tramite un innalzamento degli standard formativi, ma con barriere all’ingresso e tramite la compartimentazione delle classi di laurea e delle riserve professionali.

La questione merita, dunque, di essere affrontata in modo trasparente. Varie sono le possibili alternative, che – ancora una volta – non sembrano necessariamente implicare un ripensamento del valore legale ed uniforme del titolo. Si può agire a valle, sul percorso post-universitario, arricchendo il *curriculum* formativo dell’aspirante professionista, ad esempio generalizzando l’obbligo di tirocinio (oggi previsto solo per alcune professioni) o imponendo la frequenza di *scuole* la cui istituzione e guida può essere rimessa agli ordini professionali. Si può poi agire a monte, sulla disciplina degli strumenti e dei soggetti competenti alle attività certificazione, all’accreditamento e alla verifica periodica della qualità degli atenei e dei corsi di laurea. Attualmente esse sono affidate ad agenzie governative i cui vertici sono di esclusiva estrazione accademica; un bilanciamento tra varie componenti, che affidi un ruolo anche ai vertici istituzionali delle professioni regolamentate, può essere oggetto di considerazione.

6. Considerazioni di sintesi

Il dibattito corrente in merito al valore legale dei titoli di studio si mostra affetto da una serie di errori di prospettiva.

il valore legale dei titoli di studio

Un primo problema concerne l'*approccio autoreferenziale* con cui gli interventi riformatori sono proposti, solitamente giustificati con la necessità di migliorare la qualità dell'insegnamento universitario. Storicamente, tuttavia, il legislatore ha inteso attribuire un determinato valore ai titoli di studio, non per esigenze del sistema universitario, ma per assicurare (o, almeno, per agevolare) il corretto funzionamento delle procedure di accesso alle professioni regolamentate, il migliore reclutamento dei pubblici dipendenti, l'affidamento dei cittadini. Modificare il regime del valore legale dei titoli può verosimilmente produrre un effetto di *spiazzamento* su questi altri sistemi istituzionali che sul quel valore fanno da sempre affidamento per il proprio funzionamento. L'approccio corretto, nel proporre una rivisitazione della materia, è dunque quello di considerare i problemi e le necessità delle amministrazioni pubbliche e del mercato professionale; mentre lo stimolo della concorrenza virtuosa tra le università può e deve essere perseguito con altri strumenti, interni a quel sistema (le condizioni di accreditamento delle sedi e dei corsi, l'erogazione dei finanziamenti pubblici, ecc.).

Un secondo errore di metodo concerne la *comparazione con i modelli anglosassoni*, dove il valore dei titoli si basa sull'autoregolazione delle associazioni professionali e delle istituzioni accademiche. Si sottovaluta il fatto che quell'approccio è *storicamente alternativo* a quello continentale e si fonda su presupposti sociali, culturali e istituzionali (il ruolo dello Stato nell'educazione, lo *status* dei professionisti, i meccanismi di finanziamento delle università) profondamente differenti. Importare in Italia tale disciplina, in assenza dei presupposti di contesto in cui essa è maturata, produrrebbe, con tutta probabilità, derivate corporative e protezionistiche.

Un terzo errore è quello di *accomunare problemi differenti* (eccesso di centralismo o, all'opposto, abuso di autonomia universitaria; limitazione o, all'opposto, eccesso di concorrenza tra laureati; cattiva concorrenza tra atenei e creazione di un falso mercato della formazione, ecc.) imputando ad un presunto *eccesso di valore legale* criticità che con esso hanno poco o nulla a che vedere e che sono legate, viceversa, a scelte autonome delle università e delle amministrazioni pubbliche o, addirittura, alle normali dinamiche del mercato del lavoro privato. Non di rado, poi, si enunciano problemi solo apparenti (quali le presunte rigidità nelle politiche di reclutamento delle imprese private e delle amministrazioni pubbliche), che discendono da un fraintendimento dell'effettiva portata del valore legale, poiché si trascura il suo rilievo *indiretto* e mai automaticamente *abilitante* che, come tale, non può costituire alcun vincolo per i datori di lavoro pubblici e privati.

Si viene ora all'ultimo – e più grave – errore di prospettiva. Paradossalmente, mentre si concentra l'attenzione sugli effetti dell'*eccesso* di valore

legale e sulle presunte distorsioni di sistema che esso produrrebbe, si ignorano altre gravissime e ben più concrete distorsioni che derivano, esattamente all'opposto, dal *difetto* di quel valore. Queste criticità sono principalmente causate dall'*allontanamento dal modello originario*, i cui tre connotati fondamentali, come ampiamente descritto in precedenza, sono quelli della natura *legale, uniforme e indiretta* del valore dei titoli. Questo indebolimento del modello è evidente in una pluralità di tendenze e di misure di varia natura, di fonte legislativa, regolamentare e collettiva, che incidono su tutti e tre i suoi pilastri: sull'*uniformità* del valore del titolo (lesa dalla *frammentazione* degli albi professionali e dalla *parcellizzazione* delle riserve; dalla *proliferazione* delle classi di laurea con sbocchi distinti e compartimentati; dalle *deroghe* al titolo di studio prescritto per l'accesso alle qualifiche nel pubblico impiego a favore dei dipendenti di ruolo); sulla matrice *legale* del valore del titolo (incisa dalla *delegificazione* e dalla *contrattualizzazione* dei requisiti di accesso agli impieghi pubblici); sulla portata *indiretta* del valore del titolo (alterata dalle *progressioni automatiche* in carriera per i dipendenti di ruolo che conseguono master, lauree o specializzazioni; o dall'inversione del rapporto tra conseguimento del titolo e concorso cui si assiste nelle professioni sanitarie, dove la programmazione degli accessi alle facoltà non costituisce una verifica di professionalità a monte, ma una misura per il controllo della concorrenza a valle).

Come si comprende, in tutti questi casi, la causa della crisi del modello si correla essenzialmente a *spinte corporative*, interne ai sistemi istituzionali sui quali il valore legale dei titoli incide, esercitate dai sindacati del pubblico impiego e delle associazioni professionali, volte, secondo i casi, a favorire i dipendenti in servizio a scapito degli esterni, i professionisti più anziani a scapito dei più giovani, i professionisti già in attività rispetto a quanti aspirano ad entrare nel mercato professionale.

Bibliografia

Amorosino S., *Riflessioni in materia di valore legale dei titoli universitari, ordinamento delle professioni e accesso ai pubblici impieghi*, in *Rass. Cons. St.*, 1983, II, pp. 415 ss.; Carloni E.-Merloni F.-Pioggia A., *Sul valore legale del titolo di studio*, in *www.astrid-online.it*, 2012; Cassese S. (a cura di), *Professioni e ordini professionali in Europa. Confronto tra Italia, Francia e Inghilterra*, Milano, 1999; Cassese S., *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 2002, vol. 6, pp. 9 ss.; Civitarese Matteucci S.-Gardini G., *Valore legale dei titoli, statuto speciale dei docenti e altri "idola" dell'Università italiana*, Atti del Convegno *Concorrenza e merito nelle Università*, 12 marzo 2009, Roma, reperibile sul sito *www.agcm.it*; Cordini G., *Il valore legale dei ti-*

il valore legale dei titoli di studio

toli di studio e la riforma universitaria, in *cnu.cineca.it*; della Cananea G. (a cura di), *Professioni e concorrenza*, Milano, Ipsoa, 2003; Finocchetti C., *Il valore legale dei titoli di studio*, Doc. Cimea 108, marzo 2002; Libertini M., *Competizione tra università e valore legale del titolo*, in *federalismi.it*, n. 3/2009; Saitta F., *Dalla "filippica" di Einaudi alla riforma Gelmini: il punto dopo mezzo secolo di discussioni sul valore legale dei titoli di studio*, in della Cananea G.- Franchini C. (a cura di), *Concorrenza e merito nelle Università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 11 ss.; Saitta N., *Titoli di studio e di cultura*, in *Enc. giur.*, 1994, *ad vocem*; Romano A., *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 2009, vol. 13.

Documenti

Senato della Repubblica, Servizio studi, *Il valore legale del titolo di studio. Contesto europeo ed elementi di legislazione comparata*, XVI Legislatura, dossier n. 280, marzo 2011; Senato della Repubblica, Commissione VII – Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport, *Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sugli effetti connessi all'eventuale abolizione del valore legale del diploma di laurea*, e relativi documenti allegati agli atti dell'indagine, XVI Legislatura, Doc. XVII, n. 14, approvato dalla Commissione nella seduta del 1° febbraio 2012; MURST, *Autonomia didattica e innovazione dei corsi di studio a livello universitario e post-universitario*. Rapporto conclusivo della Commissione Martinotti, 21 ottobre 1997.

Abstract

The paper analyses the reasons, the critical issues and the alternatives to the current legal regulation of the value of qualifications and its implications on public recruitment mechanisms and on the access to regulated professions. It shows that the current academic and institutional debate is the result of an error of perspective: the dysfunctions criticised, rather than by the legal value model, derived (just the opposite) by the distortion of that model often resulting by lobbying pressures.

ARTICOLI

MARCO DUGATO

ORGANIZZAZIONE DELLE AMMINISTRAZIONI AGGIUDICATRICI E CONTRASTO ALLA CORRUZIONE NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'organizzazione nella prevenzione della corruzione. I pericolosi equivoci dell'eguaglianza degli enti e della separazione tra organi di indirizzo e organi di gestione. La formazione "presa sul serio". – 3. Gli appalti pubblici e la prevenzione della corruzione. L'efficienza del sistema come presidio della legalità, ovvero: salvare il finto colpevole e punire il falso innocente. – 4. La corruzione e gli appalti. Eziologia spicciola e "correi" involontari. – 5. L'ingorgo istituzionale: la nebbia che rallenta l'efficienza e copre l'illegalità. – 6. L'unitarietà della vicenda contrattuale e la concentrazione della giurisdizione.

1. Premessa

Il tema della relazione tra organizzazione amministrativa e prevenzione della corruzione è al contempo, nuovo e centrale, perché, da un lato, un complesso normativo e (quanto meno nelle pretese) sistematico sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione è una novità nell'esperienza giuridica italiana; dall'altro, perché le norme che lo costituiscono pretendono interventi organizzativi talmente rilevanti da indurre a ritenere che finiranno col modellare l'organizzazione degli enti. Soprattutto, l'adeguamento alle norme nuove può determinare, come effetto soltanto in parte voluto, una maggiore efficienza organizzativa e, dando credito agli studi dei criminologi, a maggiore efficienza dell'organizzazione e dell'attività conseguente una diminuzione della corruzione.

È preliminarmente necessario di dare conto di alcuni elementi che rappresentano non solo elementi importanti nell'esegesi della nuova disciplina ma animano anche la linea che seguirò nel ragionamento.

Alcuni di essi rappresentano elementi di semplice collegamento tra le norme generali in tema di organizzazione amministrativa e le norme dettate nel 2012 e nel 2013; altri sono elementi "sensibili", di lieve criticità, che, se tenuti in adeguato conto, possono trovare facile soluzione (si pensi,

ad esempio, al tema della rotazione degli incarichi, che bene ha affrontato l'ANAC nella delibera del 17 giugno 2015 sugli organismi a partecipazione pubblica); altri infine, mi appaiono purtroppo come criticità insuperabili allo stato attuale della disciplina e richiederebbero non tanto interventi normativi di revisione della disciplina speciale su trasparenza e prevenzione dei fenomeni corruttivi, quanto un ripensamento profondo delle regole generali sull'organizzazione e sulle funzioni amministrative (mi riferisco in primo luogo alle dimensioni critiche minime degli enti ed alla mancata differenziazione tra enti per dimensioni e tipologia).

Conviene procedere schematicamente alla loro individuazione, anticipando che ve ne sono di valore e natura generali ed altri più specifici, propri dell'ambito degli appalti.

Il primo dato costituisce una premessa necessaria, forse scontata ma dalle implicazioni interpretative non banali. Le norme sulla trasparenza e quelle a presidio della legalità costituiscono un complesso normativo unico per finalità e principi ispiratori e debbono essere lette congiuntamente. La trasparenza, intesa nella prospettiva della l. n. 190/2012 e del d.lgs. n. 33/2013 e nonostante l'enunciazione ampollosa dell'art. 1, c. 15, l. n. 190/2012, non costituisce un valore in se ed ha una funzione differente dal principio enunciato all'art. 1, l. n. 241/1990, rappresentando sostanzialmente uno strumento di prevenzione della corruzione. Non a caso, il cosiddetto piano anticorruzione costituisce una sezione del piano sulla trasparenza ed è auspicato che il responsabile della trasparenza sia anche il responsabile delle misure di prevenzione della corruzione. Ancor più significativo mi appare il fatto che gli «obblighi di informazione nei confronti del responsabile», espressivi del contenuto dinamico della trasparenza, divengano parte essenziale del piano di prevenzione della corruzione [art. 1, c. 9, lett. c), l. n. 190/2012].

Il secondo elemento di natura generale è rappresentato dal fatto che l'organizzazione amministrativa muove per schemi rigidi ed è soggetta al principio di legalità (da intendersi in senso strettamente amministrativistico) e a quello di separazione tra la funzione di indirizzo politico e la funzione di gestione. Il dato è tutt'altro che ininfluenza tanto sotto lo stretto punto di vista del diritto positivo (significativa è la necessità, di cui la legge ha dovuto tenere conto, della individuazione dell'organo di indirizzo politico, che tanta difficoltà ha incontrato nell'applicazione alle società partecipate), quanto dal punto di vista dell'effettivo e concreto svolgersi dei rapporti (il reciproco condizionarsi degli organi di indirizzo politico e degli organi dirigenziali). Si avrà modo in seguito di analizzare con maggiore attenzione quest'ultimo profilo.

In terzo luogo, la disciplina di prevenzione della corruzione rende ancora una volta evidente che organizzazione amministrativa e procedimento amministrativo, sebbene siano concetti distinti e vivano di regole e principi apparentemente autonomi, sono tuttavia realtà giuridiche intimamente collegate, così che le norme sul procedimento e sull'azione amministrativa hanno valore organizzativo e quelle sull'organizzazione incidono sullo svolgimento del procedimento e ne condizionano gli esiti. Il dato, se è sostanzialmente ininfluenza ai fini dell'applicazione delle regole sulla trasparenza, che sono in sé regole manifestamente organizzative (di organizzazione "verso l'interno" e di organizzazione "verso l'esterno"), è invece interessante per spiegare le ragioni per le quali le norme di prevenzione sulla corruzione divengano anch'esse per lo più norme organizzative, sebbene la corruzione stia, logicamente prima ancora che giuridicamente, "negli" atti e "nei" comportamenti.

2. L'organizzazione nella prevenzione della corruzione. I pericoli equivoci dell'eguaglianza degli enti e della separazione tra organi di indirizzo e organi di gestione. La formazione "presa sul serio"

Tanto le norme sull'organizzazione amministrativa quanto quelle sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione muovono secondo l'ordinario (e pericoloso) assunto dell'uguaglianza delle capacità organizzative e funzionali dei diversi enti pubblici che, invece, si distinguono profondamente in ragione del tipo e delle funzioni esercitate. Così enunciata, in realtà, la considerazione non è sorprendente. L'azione costante del legislatore (vale per il nostro specifico ambito d'indagine allo stesso modo in cui vale per i servizi pubblici locali, per il governo del territorio, per la capacità di incidere sullo sviluppo economico delle comunità territoriali) corre nel solco della assoluta uniformizzazione, sia per quel che riguarda la definizione dei presupposti (gli enti pubblici *sono* uguali), sia per quel che attiene all'ontologia degli obiettivi (gli enti pubblici *devono essere* uguali).

Delle ragioni del fenomeno non si può dare conto in questa sede (sono molteplici e di eterogenea natura: storica, politica e funzionale). Quel che mi preme sottolineare è che l'applicazione delle norme finalizzate alla prevenzione della corruzione risente negativamente della forzata standardizzazione (portata all'exasperazione nel caso delle società partecipate, con risultati che sfiorano il grottesco). Ancora una volta, l'incapacità di distinguere e la paura di differenziare finiscono per determinare non solo una difficoltà

organizzativa, talvolta drammatica, per gli enti, ma anche e soprattutto la perdita di potenzialità effettiva delle misure normative. Emblematica mi pare la questione dell'impatto dell'individuazione del responsabile della prevenzione e della trasparenza, gravato degli stessi adempimenti in ogni amministrazione, indipendentemente dal tipo di ente, dalle dimensioni degli enti e dal rischio effettivo che caratterizza le differenti realtà. Negli enti di piccole dimensioni, in particolare, il funzionario di vertice, spesso l'unico, finirà per vedere assorbite tutte le sue energie nel costante adempimento degli obblighi sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione, a scapito di altri adempimenti, egualmente vitali. La questione è ben nota all'ANAC, che ha dimostrato più volte di averne coscienza e che ha spesso tentato di porre rimedio alle disarmonie legislative¹ e di scongiurarne gli effetti di *impasse* organizzativa.

L'argomento impone di tenere in conto che le regole sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione, sebbene astrattamente capaci di generare virtù sul piano dell'efficienza organizzativa, possono facilmente muovere in conflitto con le ragioni dell'efficienza organizzativa, della rapidità del provvedere e della concreta efficacia dell'azione amministrativa. Il pericolo dev'essere laicamente rappresentato per poter essere scongiurato ed appare particolarmente sensibile nel settore degli appalti pubblici, con riferimento al quale gli strumenti della rotazione degli incarichi e del frazionamento delle competenze nel procedimento non possono costituire un ostacolo al piano e corretto svolgimento di compiti di particolare complessità tecnica.

Secondo le linee interpretative dettate dall'Autorità di vigilanza, il responsabile della prevenzione della corruzione dev'essere un dirigente e soltanto quando manchino figure residenziali nell'ente «o questi siano in numero così limitato da dover essere assegnati esclusivamente allo svolgimento di compiti gestionali nelle aree a rischio corruttivo, il responsabile potrà essere individuato in un profilo non dirigenziale² che garantisca comunque le idonee competenze». La soluzione è pragmatica e corretta. L'Autorità dimostra di riconoscere che la prevenzione della corruzione passa in primo

¹ Significativi, al riguardo, sono gli imbarazzi e le difficoltà espressamente rilevate nella determinazione 17 giugno 2015, n. 8, in tema di società ed organismi di diritto privato partecipati da enti pubblici e nella determinazione 7 ottobre 2014, n. 144, con riferimento alla parte espressamente dedicata all'applicazione degli obblighi di trasparenza nelle Università pubbliche.

² Ancor più critica è la condizione degli enti locali, per i quali l'art. 1, c. 7, l. n. 190/2012, prevede che il responsabile sia individuato nel segretario comune, salva diversa e motivata deliberazione, essendo dato comune che, nel caso di enti di piccole dimensioni, il segretario non è dedicato ad un unico ente ma svolge le sue funzioni in più comuni.

luogo per l'efficienza amministrativa nei settori di particolare delicatezza, così che questi debbono essere presidiati da adeguate professionalità prima ancora di garantire la preposizione di una figura dirigenziale all'ufficio generale responsabile dell'applicazione delle norme anticorruzione. Il dato concreto, tuttavia, è ancor più drammatico di quanto ammesso dall'Autorità: in molti enti di piccole e piccolissime dimensioni nemmeno le figure qualificate non dirigenziali possono essere distolte dai loro compiti (spesso eterogenei) senza che se ne origini una perdita di efficienza organizzativa e procedimentale.

È poi senz'altro decisivo distinguere tra assetto giuridico – formale delle competenze e concreto svolgersi delle relazioni tra indirizzo politico e gestione. La disciplina normativa è costruita sul presupposto della separazione tra funzioni ed organi di indirizzo politico e funzioni ed organi dirigenziali ed esecutivi. In tal modo, la distinzione degli obblighi inerenti la prevenzione della corruzione appare ispirata ad un disegno logico e convincente: all'organo di indirizzo politico (curiosa è peraltro la declinazione al singolare del sostantivo e dell'aggettivo, a fronte della ricorrente pluralità degli organi) spettano le funzioni di individuazione del responsabile, di approvazione del piano, della vigilanza sull'adeguamento e sull'aggiornamento delle misure; al mondo della gestione è assegnato il compito operativo di individuazione delle misure, di sottoposizione delle stesse all'approvazione dell'indirizzo politico, di concreta attivazione dei meccanismi di funzionamento delle misure. A quel quadro s'ispira, costituendone logica conseguenza, il disegno delle responsabilità.

Il problema sorge quando l'analisi si sposta dall'astratto al concreto; un concreto, peraltro, fatto di situazioni differenti, di relazioni atipiche (su cui virtuosamente insiste la disciplina sulle incompatibilità dettata dal d.lgs. n. 39/2013), di rapporti di forza che si sostituiscono ai rapporti giuridici, spesso alterandoli e talvolta sovvertendoli in radice. Così, il condizionamento dei dirigenti da parte degli organi di indirizzo politico (che spesso è l'unico di cui ci si preoccupa) è fenomeno comune tanto quanto l'inversa azione di induzione delle decisioni politiche da parte degli organi esecutivi di vertice. Nel mondo della realtà, quindi, il disegno delle responsabilità allocate sul presupposto del disegno astratto finisce, da un lato, per rivelarsi iniquo; dall'altro (e soprattutto) per essere sostanzialmente ininfluenza, dal momento che l'azione del condizionante finirà con l'essere libera poiché la sanzione colpirà il condizionato.

Alla considerazione da ultimo svolta qualcuno obietterà che il legislatore non può che preoccuparsi del dover essere e deve, semmai, indurre comportamenti corrispondenti a quelli pretesi piuttosto che inseguire una

realtà difforme dalle regole. A me pare, tuttavia, che lo spirito della disciplina sulla prevenzione dei fenomeni corruttivi debba avere riguardo per la sostanza e per la costruzione di un argine reale, non formale, alla degenerazione dell'attività amministrativa. Così, le regole dovrebbero procedere in quella direzione, magari creando sistemi di responsabilità congiunta (allo stato previsti per poche e marginali ipotesi) e davvero condivisa. Ciò facendo, peraltro, si giustificerebbe con l'omogeneità e con una corretta marcia in doppio senso anziché secondo un'unica direttrice la scelta decisa per un regime sanzionatorio che non può certo dirsi timido nel ricorso alla responsabilità oggettiva (quella del responsabile anticorruzione, ad esempio).

L'impatto della disciplina speciale sull'organizzazione amministrativa, peraltro, è assai più rilevante di quanto non emerga ad una prima lettura. Se ne è resa conto l'ANAC che, nella determinazione 17 giugno 2015, n. 8, ha correttamente osservato come proprio il nuovo regime sanzionatorio imponga la revisione degli strumenti disciplinari. Questi, retti dal diritto del lavoro subordinato, pretendono l'adeguamento dei codici disciplinari ed etici, non potendo l'operazione prescindere dalla ridefinizione delle mansioni, delle relazioni intersoggettive e dalla riconduzione ad effettività dei compiti operativi.

Nel quadro normativo di prevenzione della corruzione il tema della formazione è considerato di fondamentale importanza. Conoscere i meccanismi giuridici, non solo con riferimento alle norme puntuali ma anche con riguardo per i principi generali, soprattutto in un settore altamente complesso qual è quello dei contratti pubblici, è in effetti il presupposto della linearità e della legalità dell'azione amministrativa. Il pensiero va al margine di scelta dei parametri di giudizio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; ai limiti del corretto dialogo con i partecipanti e all'applicazione del principio e degli strumenti del soccorso istruttorio; al meccanismo dei chiarimenti; al subprocedimento di verifica dell'anomalia; al valore del principio di autolimitazione dell'amministrazione; ai corretti presupposti dei procedimenti di revisione e autotutela. Ciò, soltanto riferendosi al procedimento di evidenza pubblica e senza dire della complessità che caratterizza la gestione del contratto, che pretende conoscenze non superficiali del diritto civile (revoca, risoluzione in danno e sistemi di composizione dei conflitti nati dalle riserve rappresentano una parte minima del mondo descritto).

Orbene, la formazione, se intesa sul serio, poggia su due solide colonne: la continuità dell'aggiornamento e le risorse per farvi fronte. Le colonne, tuttavia, sono rese fragili dallo stesso costruttore, la cui azione è, rispetto all'obiettivo dichiarato, costantemente disarmonica. È proprio il legislatore,

infatti, ad avere pervicacemente mortificato la formazione, da anni dimostrando di considerarla più un costo da tagliare che una risorsa e ribadendo ad ogni occasione il consueto *refrain* dell'invarianza delle risorse finanziarie. Il farisaico comportamento di chi, da un lato, pretende, ammonisce, minaccia, sanziona e, dall'altro, rende sostanzialmente impossibile il comportamento preteso, non solo riduce le potenzialità di un complesso normativo in astratto virtuoso, ma soprattutto ingenera mortificazione e disorientamento, che presto si tradurranno nella rassegnata interpretazione unicamente formale dei precetti legislativi³.

3. Gli appalti pubblici e la prevenzione della corruzione. L'efficienza del sistema come presidio della legalità, ovvero: salvare il finto colpevole e punire il falso innocente

Che gli appalti rappresentino il più sensibile dei settori critici è considerazione tanto ovvia da risultare banale. È lì che si muovono le più importanti ricchezze ed è lì che l'interazione tra l'amministrazione ed il privato diviene più rischiosa e delicata. Soprattutto, ed il dato è troppo spesso sottovalutato alla luce di una disciplina normativa che assegna al risultato del contratto un ruolo meramente ancillare rispetto al dominio della concorrenza, è con i contratti che si compiono le attività di maggiore rilievo collettivo (costruzione di opere pubbliche ed offerta di servizi di primaria necessità).

Così, è proprio nel settore degli appalti che le ragioni della legalità debbono conciliarsi al meglio con quelle dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa. Se è vero quel che sinora si è detto, le regole preventive debbono allora interpretarsi ed attuarsi proprio nella loro finalità di induzione ad una migliore organizzazione. Per farlo con serietà, tuttavia, bisogna aver chiaro quel che già si è in precedenza evidenziato: il settore degli appalti è quello normativamente più complesso e la complessità giuridica si somma alla complessità tecnica che accompagna i contratti più rilevanti; è quello, in altri termini, in cui l'errore è più facile e ricorrente. Quel che mi pare, dunque, è che le azioni organizzative debbano muovere nella direzione della riduzione degli spazi di errore, prima ancora che dell'area nera dell'illegalità, dal momento che è spesso difficile distinguere tra errore e dolo e tra errore colpevole ed errore giustificabile.

³ La previsione della generale competenza formativa della Scuola superiore della pubblica amministrazione (art. 1, c. 11, l. n. 190 del 2012) non mi sembra una risposta adeguata alla critica, se ancora si voglia privilegiare l'ottica sostanziale a quella formale.

Della centralità della formazione ho detto, così come della particolare sua rilevanza nell'ambito della gestione dei contratti. Lo ha ben presente l'ANAC che, nella già ricordata determinazione n. 8/2015, ha espressamente chiarito che «la rotazione non deve comunque tradursi nella sottrazione di competenze professionali specialistiche ad uffici cui sono affidate attività ad elevato contenuto tecnico». In concreto, dunque, le misure preventive più importanti (rotazione degli incarichi, segregazione delle funzioni) divengono efficaci solo in un sistema in cui tutti gli agenti hanno adeguata conoscenza dei meccanismi tecnici e giuridici di funzionamento del procedimento ed in cui, in ultima analisi, è comunque possibile un controllo unico dell'intero processo. Altrimenti, garanzie e cautele finiranno per rallentare l'azione a detrimento dell'efficacia senza alcun beneficio sotto il profilo della legalità⁴.

Anche l'attività di monitoraggio, da molti ritenuta centrale, si caratterizza per un forte impatto organizzativo, qualora la s'intenda in senso sostanziale e non meramente formale. È necessario, infatti, prevedere pratiche di circolazione orizzontale delle informazioni e non soltanto un flusso bilaterale tra gli uffici preposti ai contratti e responsabile della prevenzione. Soltanto la disponibilità diffusa delle informazioni e dei dati garantisce, oltre che un più efficace controllo, l'accrescimento delle conoscenze, indispensabile per il miglioramento della qualità dell'azione amministrativa. Molteplici e di differente natura possono essere le vie per realizzare un sistema di condivisione orizzontale (per via telematica o con riunioni personali a cadenza periodica, ad esempio).

L'analisi dell'impatto sull'organizzazione delle misure di prevenzione della corruzione non può poi tenere conto di una considerazione che si poco fa avuto modo di svolgere. Nell'ambito dell'azione amministrativa per contratti, il confine tra organizzazione e procedimento non può essere rigidamente tracciato, perché il procedimento di evidenza pubblica è un luogo in cui attività e organizzazione si fondano: la distinzione delle competenze tra organi si diluisce in un'azione omogenea ed unitaria (e non può essere altrimenti, se all'efficacia si vuole dare contenuto oltre che evocativa forza). È questa, del resto, l'idea che ispira la legge n. 190/2012, tanto che, all'art. 1, c. 9, lett. *d*), considera il monitoraggio dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi un elemento essenziale dell'intero presidio

⁴ Non mi pare che la scelta per una burocrazia tecnica in luogo di una eminentemente amministrativa possa in qualche modo alterare i parametri del problema, dal momento che nella materia degli appalti, presidiata da un quadro normativo di particolare complessità, le conoscenze tecniche e quelle giuridiche non possono che sommarsi.

anticorruzione (e non possono esservi dubbi in merito al fatto che l'obbligo di conclusione nei termini dei procedimenti sia essenzialmente un obbligo organizzativo).

Ecco perché non possono trascurarsi elementi di sensibilità particolare negli atti durante e dopo il procedimento di aggiudicazione.

4. La corruzione e gli appalti. Eziologia spicciola e “correi” involontari

Il tema della corruzione negli appalti è antico e, nell'eziologia e nei tratti espressivi, non ha mutato in modo significativo contorni e manifestazioni. Eppure, l'ordinamento lo ha affrontato secondo vie che, accanto a linee e meccanismi comuni, hanno assunto caratteri differenti ed originali.

La ricerca delle strette maglie a garanzia della legalità muove in tensione permanente con un'esigenza che negli ultimi anni viene percepita ed affermata come egualmente rilevante: la velocità delle procedure di aggiudicazione e la certezza delle prestazioni oggetto degli appalti. È del tutto evidente che in un momento, qual è quello attuale, in cui gli operatori economici faticano ad accedere alla leva finanziaria necessaria per sostenere il peso dell'offerta e dell'esecuzione delle prestazioni, fino ad essere divenuta quasi fisiologica l'interruzione dell'esecuzione prima dell'integrale adempimento del contratto, le ragioni della legalità non possono determinare l'inefficienza dello strumento contrattuale.

Per non essere velleitari, non debbono poi essere confuse due diverse emergenze: quella della corruzione negli appalti e quella della infiltrazione criminale nel settore dei contratti pubblici. Si tratta di fenomeni diversi, spesso anche in contraddizione l'uno con l'altro, che si atteggiavano in modo assai differente e che non possono che essere affrontati con strumenti giuridici differenti, come bene ha messo in evidenza l'UE *Anti-Corruption Report from the Commission to the Council and the European Parliament*⁵.

Venendo al primo aspetto, è noto che la prima risposta organica alla domanda di legalità nel settore degli appalti pubblici conseguì al fenomeno di sistemica corruzione dell'inizio degli anni '90 del secolo scorso e dette vita alla l. n. 109/1994 (cosiddetta “legge Merloni”) ed ai suoi numerosi correttivi. In essa, il tratto costitutivo consistette nel totale irrigidimento delle procedure selettive e nella compressione di ogni margine di discrezionalità nella conduzione del procedimento e nella scelta del contraente. Si

⁵ COM(2014) 38, par. IV, 3.2.2014.

passò così, bruscamente e rapidamente, da un modello dinamico e duttile (quello di derivazione comunitaria e confluito nel precedente d.lgs. n. 406/1991) ad un modello assolutamente rigido, insuscettibile di declinazioni anche solo marginalmente originali.

In compenso, quel modello, assolutamente rigoroso nella compressione della discrezionalità e nella predefinizione di ogni adempimento, non aveva in alcun modo percepito la determinante importanza della pubblicità delle informazioni e degli atti di gara, probabilmente ritenendone le funzioni come assorbite in quelle della trasparenza (a sua volta non adeguatamente imposta ed assistita). Al di là delle funzioni dell'Osservatorio, peraltro confinate nel settore dei lavori, non esistevano prescrizioni soddisfacenti in merito agli obblighi di diffusione delle informazioni

Il giudizio che su quella esperienza viene formulato è in gran parte negativo. Paradossalmente, l'aver fatto leva sulla rigidità e sull'oggettività del procedimento ha finito per costruire un filtro insuperabile ad ogni indagine, così che ogni patto scellerato con cui si concordasse in anticipo l'illegittimo transito di informazioni creava, grazie allo schermo formale del rispetto del rigore procedimentale, un ostacolo alla verifica sostanziale di ciò che in concreto era accaduto. Fu esperienza diffusa l'impossibilità, nel corso del processo amministrativo, di censurare i contenuti dell'azione contrattuale a fronte di comportamenti formalmente ineccepibili e comunque non riconducibili alla discrezionalità dell'agente pubblico.

Per altro verso, l'irrigidimento aveva determinato, da un lato, una intollerabile lunghezza nell'esecuzione dei lavori o nell'adempimento delle prestazioni; dall'altro, aveva alimentato pratiche oscure di rinegoziazione sotterranea durante l'esecuzione del contratto.

In ultimo, e si tratta senz'altro dell'aspetto più negativo, la rigidità delle procedure, essendo assolutamente inapplicabile agli appalti più complessi, aveva gettato le basi per il fenomeno, tanto diffuso quanto devastante, della "fuga legislativa" dal regime ordinario e dell'approdo a regimi speciali e derogatori, spesso caratterizzati dall'opposta natura di regimi a discrezionalità totale o incontrollabile.

Proprio quest'ultimo dato ben rappresenta l'elemento di criticità più forte che ha caratterizzato anche la successiva esperienza del Codice dei contratti e del suo regolamento: la procedimentalizzazione esasperata e la complicazione macchinosa di ogni aspetto del procedimento ordinario (si pensi alle vicende del *project financing*) ha giustificato ed alimentato regimi derogatori non più pensati per categorie di appalti ma per *singoli* appalti (ricostruzioni in seguito ad eventi calamitosi, MOSE, EXPO, tra tutti). Regimi, questi, retti da principi e regole sostanzialmente opposti rispetto a

organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici

quelle del d.lgs. n. 163/2006 ed ispirati alla più ampia “libertà di manovra” dell’amministrazione aggiudicatrice⁶.

Il risultato è stato, a mio avviso, singolare e dev’essere letto in una chiave di lettura assai diversa rispetto a quella generalmente proposta: i fenomeni corruttivi scoperti hanno riguardato gli appalti “in deroga”, con riferimento ai quali l’elasticità dei procedimenti ha spesso giustificato e consentito l’esame sostanziale della vicenda contrattuale, essendo invece rimaste nell’ombra probabili illegalità negli appalti sottoposti a regime ordinario. Ciò è tanto vero che uno dei principi su cui si fonda il disegno di legge delega per l’attuazione delle direttive comunitarie del 2014 è costituito dalla semplificazione e dall’armonizzazione “delle disposizioni in materia di affidamento degli appalti pubblici e delle concessioni, ..., al fine di evitare il ricorso a sistemi derogatori rispetto alla disciplina ordinaria”. Il legislatore pare aver dunque ritenuto che è l’eccessiva rigidità del modello ordinario ad alimentare il ricorso, non sempre nobile e giustificato, a snelle ed elastiche procedure speciali.

Il dato di fondo ora rappresentato è quello che, a mio avviso, merita maggiore attenzione. Non ritengo, invece, giustificato l’allarme, a volte davvero più enfatico che fondato su reali criticità, in merito ad aspetti di dettaglio qual è, ad esempio, quello dei sistemi di aggiudicazione.

Al meccanismo dell’offerta economicamente più vantaggiosa vengono comunemente rimproverate l’eccessiva discrezionalità e la difficoltà applicativa; a quello del prezzo più basso, l’eccessiva rigidità e la trasformazione della gara in una competizione al ribasso della qualità (che spiegherebbe i fenomeni della diffusione degli appalti eseguiti a prezzi finali assai più alti di quelli dell’aggiudicazione e quello degli appalti interrotti per patologiche sofferenze dei contraenti privati e per l’insostenibilità dell’offerta vincitrice).

In realtà, fermo restando che la disciplina comunitaria n. 24 del 2014 sembra in gran parte aver risolto il problema (Considerando 89 e ss.), dal punto di vista della “permeabilità” a fenomeni corruttivi non mi pare esistano apprezzabili differenze, se non sul piano dei momenti di delicatezza. Nel primo meccanismo, il patto illecito può aver luogo o nella “condizione preventiva” delle regole di gara o nella fase del giudizio discrezionale sulla qualità; nel secondo, l’accordo spesso precede la gara e si sviluppa durante e dopo (essendo ovviamente legato al meccanismo della variante e fondandosi su concordati *deficit* descrittivi iniziali).

A ciò si aggiunga che il pericoloso fenomeno del finanziamento esterno occulto al partecipante finalizzato a garantire la sostenibilità dell’of-

⁶ Ancora, COM(2014) 38, par. IV, 3.2.2014.

ferta più bassa, sebbene più incidente nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, non è certo scongiurato in quello dell'apprezzamento dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Piuttosto, mi paiono rilevanti due elementi di contorno, che conviene analizzare puntualmente.

Il primo riguarda il subprocedimento volto alla verifica dell'anomalia delle offerte, che assume maggior rilievo nel sistema di aggiudicazione al prezzo più basso: ogni criterio oggettivo è monco nella sua funzione di argine alla collusione se non si inocula un momento di rilevante discrezionalità nel cuore del procedimento. In altri termini, l'indagine sull'anomalia, per sua natura e per sue funzioni, non può risolversi in una formale richiesta di chiarimenti, ma deve invece tradursi nell'analisi sostanziale della credibilità delle giustificazioni addotte. In realtà, il sistema si dimostra monco nel collegamento tra l'appropriatezza dell'azione amministrativa di accertamento e il sindacato giurisdizionale sull'intero subprocedimento. Sono davvero singolari, al riguardo, la prudenza e la generosità con cui la giurisprudenza accosta l'azione amministrativa di accertamento. È noto, infatti, che essa ritiene sostanzialmente insindacabile la conduzione degli accertamenti svolti dall'amministrazione e la decisione che ne consegue, alla sola condizione di una parvenza di ragionevolezza, invocato più come criterio formale che non come requisito sostanziale.

Del resto, prudenza e generosità sono proprie dell'intero ambito del sindacato sulla discrezionalità tecnica nel settore degli appalti. Il che mi appare appunto singolare. A fronte di un contesto generale che, in ragione all'estensione del giudizio sulla discrezionalità ai sensi dell'art. 21-*octies*, c. 2, ha immesso il giudice nella valutazione del cuore più intimo della decisione (nel merito, come molti osservano), sta invece il contesto specifico degli appalti, in cui il giudice amministrativo si astiene anche dal sindacato più formale e rigido della discrezionalità amministrativa, in una sorta di vero e proprio «ritorno al 1924».

Se un siffatto atteggiamento può giustificarsi in ragione del diffuso (ed enfatico) *refrain* secondo il quale “disturbare il manovratore” significa arrestare l'economia, fatto surrettiziamente proprio anche dai più recenti interventi normativi, i risultati concreti prodotti dalla ferrea ortodossia del rispetto dei confini tra sindacato giurisdizionale e discrezionalità tecnica lasciano qualche perplessità. Il venir meno di qualsiasi controllo sostanziale spiega, a mio avviso, la difficoltà con cui gli episodi di grave patologia emergono nel giudizio amministrativo e facilmente condurrà a sostituire al processo amministrativo, divenuto in gran parte inutile, strumenti diversi e spesso inadatti, quali il processo penale e quello contabile.

5. L'ingorgo istituzionale: la nebbia che rallenta l'efficienza e copre l'illegalità

Il sistema, se considerato nei differenti elementi che lo compongono, sembra tutto sommato razionale ed efficiente. In realtà, sono il suo funzionamento complessivo e l'interazione tra differenti istituzioni a generare incertezze e lacune

Collegato agli aspetti in precedenza illustrati, è quello dell'ingorgo istituzionale e della conseguente incertezza interpretativa ed applicativa che caratterizza il settore degli appalti pubblici. Il ruolo di controllo e di regolazione di ANAC non può non intrecciarsi con quello del giudice amministrativo. L'incontro e l'interazione sono anzi fisiologici. All'ANAC spettano la declinazione tecnica e l'interpretazione applicativa delle disposizioni e dei principi in materia di appalti e l'attività di vigilanza sui comportamenti in concreto tenuti. Al suo ruolo generale si affianca quello "speciale" dei giudici, chiamati a decidere della legittimità delle singole procedure oggetto di reclamo. È evidente, o quantomeno dovrebbe esserlo, che la medesima questione non deve generare due opposte conclusioni. Quando una procedura è oggetto di processo amministrativo, il procedimento avanti l'Autorità non dovrebbe proseguire e dovrebbe concludersi nel senso deciso dal giudice amministrativo, al cui sindacato l'azione della stessa ANAC è comunque soggetta. Ciò, al fine di evitare che un comportamento ritenuto legittimo a conclusione di un processo possa comunque determinare, in via amministrativa, l'applicazione di una sanzione.

L'esperienza offre invece modelli diversi di interazione, così che a casi di corretto raccordo si contrappongono casi di vera e propria anarchia istituzionale. È talvolta accaduto che l'Autorità, pur in presenza di una sentenza che si è pronunciata nel senso della legittimità di procedimenti di evidenza pubblica o di affidamenti di servizi, abbia concluso in senso contrario ed abbia comminato sanzioni, rivendicando l'inesistenza di una norma che disponga espressamente la pregiudiziale processuale rispetto alla conduzione a termine del procedimento amministrativo. Il risultato è, al contempo, paradossale e paralizzante. Come è accaduto nel caso di un affidamento ad una società *in house*, l'amministrazione, pur dovendo ottemperare alla sentenza che aveva dichiarato la sussistenza dei requisiti legittimanti l'affidamento diretto e conservarlo di conseguenza in capo alla propria società, nel farlo ha contraddetto il provvedimento dell'ANAC, che, in espresso disaccordo con la sentenza, aveva ritenuto non soddisfatti i presupposti dell'*in house*. Il tutto, con buona pace della Corte dei conti, anch'essa impegnata nella vicenda e giunta a conclusioni originali tanto ri-

spetto al contenuto della sentenza del giudice amministrativo, quanto rispetto alla soluzione adottata dall'Autorità.

Passando dal caso al panorama generale, nulla esclude che sulla stessa vicenda possono esprimersi in senso diverso l'Autorità, il Tar competente per territorio sull'appalto, il Tar del Lazio nell'esercizio della competenza funzionale sui provvedimenti dell'Autorità ed il Consiglio di Stato (magari contemporaneamente sul ricorso avverso la sentenza del Tar territoriale e sul ricorso avverso la sentenza del Tar Lazio in merito al provvedimento ANAC), la Corte dei conti e la magistratura ordinaria (il giudice penale, per intendersi).

Si badi: quel che viene in gioco non è soltanto un fastidio nell'inquadramento dogmatico del sistema, ma anche e soprattutto una preoccupazione di ordine pratico. In un quadro così complesso, infatti, possono apparire giustificate tanto le spinte alla semplificazione (di recente sfociate in una vera e propria demolizione degli effetti del ricorso giurisdizionale), quanto la stridente bivalenza nei comportamenti delle amministrazioni: le une, totalmente paralizzate; le altre, oltremodo coraggiose, forti del fatto che un'interpretazione favorevole, tra le tante autorevoli, non è difficile invocarla.

In un quadro qual è quello descritto, ben si comprende anche l'assoluta confusione che regna in tema di arbitrati e di soluzione alternative delle controversie. Da un lato, il legislatore, anche alla luce dell'importanza assunta dalla fase esecutiva rispetto a quella dell'evidenza pubblica e della mortificazione della via giurisdizionale nella materia degli appalti pubblici, ne riconosce le virtù e ne auspica la razionalizzazione; dall'altro, li tratta con diffidenza. Il quadro, che meriterebbe ben altra attenzione di quella che qui gli dedico, è ulteriormente arricchito dalla concorrenza, illogica e recente, che il legislatore ha voluto indurre tra l'arbitrato libero e l'assai più governato arbitrato amministrato.

6. L'unitarietà della vicenda contrattuale e la concentrazione della giurisdizione

Il tema del controllo giurisdizionale è ovviamente intrecciato a filo doppio con quello della disciplina sostanziale sulla prevenzione e la repressione della corruzione. Così come si è rilevato, l'arretramento (in parte spontaneo ed in parte indotto dal legislatore) del giudice amministrativo dal controllo sulla discrezionalità tecnica e la sua sostanziale espulsione dal sindacato sull'esclusione dalle gare daranno presumibilmente luogo ad improprie vie di tutela (penale e contabile).

organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici

Al riguardo, per evitare derive inefficienti, potrebbero rivelarsi opportune due linee evolutive. La prima è costituita dal potenziamento della funzione paragiurisdizionale dell'ANAC; la seconda è quella della riduzione delle "zone franche" da tutela. Queste ultime si generano spesso come effetto non voluto dell'azione di concentrazione della tutela giurisdizionale. È il caso, ad esempio, del recesso dall'appalto esercitato ai sensi dell'art. 134 del Codice dei contratti. L'amministrazione può svincolarsi dagli obblighi contrattuali in qualunque tempo, previo pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali e del decimo delle opere previste e non ancora eseguite. Come è noto, la giurisprudenza amministrativa si è consolidata nel ritenere che del recesso può conoscere solo il giudice ordinario⁷. Le ragioni starebbero nel fatto che il legislatore avrebbe conferito un diritto potestativo di natura privata, eliminando qualsiasi possibilità di sindacato da parte del giudice amministrativo.

Ora, tralasciando la correttezza logica dell'assunto su cui la conclusione si fonda (il recesso previsto per legge non solo avrebbe reso inutilizzabile lo strumento amministrativo della revoca, ma non presupporrebbe alcuna illustrazione delle ragioni che assistono la scelta dell'amministrazione), che pure non mi convince del tutto⁸, resta il fatto che in tutte le ipotesi in cui il diritto di recesso sia preceduto da una delibera in cui si dia conto delle ragioni che inducono allo scioglimento del vincolo contrattuale, il rifiuto del giudice amministrativo di conoscere del recesso finisce per sottrarre la decisione amministrativa a qualunque verifica di ragionevolezza, non spettando al giudice ordinario un adeguato sindacato sull'uso della discrezionalità.

Un elemento di ulteriore riflessione riguarda il corretto bilanciamento tra i controlli durante l'esecuzione dell'appalto e quelli in avvio di procedura. È evidente che entrambi i momenti si caratterizzano per rischi e pericoli. Nella fase dell'esecuzione, i poteri di ridefinizione e rimodulazione delle condizioni contrattuali iniziali, ampiamente potenziati dalla direttiva 2014/24, si offrono non solo all'esaltazione dell'efficacia dell'azione contrattuale ma anche all'esercizio di meno nobili virtù. Altrettanto deve dirsi per la discrezionalità tecnica (che si è detto sostanzialmente insindacata, non insindacabile) di cui dispone l'amministrazione nella definizione delle con-

⁷ Tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025, che richiama espressamente la decisione dell'Ad. plen. 20 giugno 2014, n. 14.

⁸ Al riguardo, sono assai convincenti le considerazioni svolte da G. Piperata, *Autotutela interna e autotutela esterna ai contratti dell'amministrazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 77 ss. In particolare, «la poliedricità dell'autotutela genera anche incertezza al momento dell'esercizio del relativo potere, soprattutto nei casi in cui il regime pubblicistico si sovrappone a quello privatistico nella definizione del modello di azione della pubblica amministrazione».

dizioni generali di gara. È sempre più diffusa l'abitudine di disegnare in modo articolato il contenuto e l'oggetto del contratto, distinguendo una parte rigida e certa da una parte eventuale e successiva, a cui si dà corso a discrezione dell'amministrazione. Spesso accade che, sull'altare delle ragioni dell'efficienza, le condizioni contrattuali relative alla parte eventuale siano descritte in modo generico e lasciate tenui. Una siffatta costruzione del bando, legittima secondo la più recente disciplina comunitaria a condizione che la scansione della parte eventuale sia puntuale ed i criteri di giudizio predeterminati, risponde ad una comprensibile esigenza di duttilità e consente all'amministrazione di attivare le diverse fasi contrattuali in presenza di opportune circostanze. È però evidente il rischio di un incontro preventivo ed illecito in cui l'amministrazione ed uno degli offerenti concordino parallelamente le condizioni economiche e di esercizio della parte eventuale (che si assume segretamente come già certa in avvio), così da consentire a questo di formulare un'offerta per la parte certa estremamente vantaggiosa ed insostenibile agli altri concorrenti, i quali non possono fare conto sulla sicura estensione del contratto agli oggetti eventuali.

A nulla servono le regole a garanzia della pubblicità e della trasparenza e l'astratto rispetto del principio della *par condicio*, quando al canale delle informazioni ufficiali si affianca un canale riservato. È dunque indispensabile rendere (o già interpretare come) rigido il principio secondo il quale le regole di avvio della procedura debbono con certezza e puntualità rendere noti tanto l'oggetto del contratto, quanto le condizioni economiche che costituiscono la base di offerte davvero pari. In tal senso, sarebbe utile imporre alle amministrazioni di definire nel dettaglio quantomeno i criteri in ragione dei quali le parti eventuali dell'oggetto diverranno o meno certe.

Non vi è dubbio, poi, in merito al fatto che la disciplina ed il controllo nazionale, se possono validamente contrastare il fenomeno corruttivo classico, poco possono contro l'infiltrazione criminosa nelle singole procedure e nel sistema complessivo degli appalti pubblici. È innanzitutto evidente che imprese colluse in un paese straniero vincono più agevolmente appalti, potendo competere a condizioni economiche illecite di vantaggio e fuori del controllo diretto delle autorità nazionali. Il problema diviene tanto più rilevante quanto più aumentano i collegamenti societari e più divengono elastiche le regole che li favoriscono nell'aggiudicazione dei contratti pubblici. In particolare, la disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese dovrebbe, con sistemi di collegamento delle responsabilità, affrontare e disciplinare le ipotesi di raggruppamenti tra imprese nazionali e straniere, prevedendo strumenti di trasparenza tra le imprese raggruppate, evidenziandone collegamenti e controlli reciproci.

A ciò si aggiungano l'irragionevolezza e l'inopportunità di escludere appalti di servizi e forniture dal dominio dell'obbligo dichiarativo in ordine alle quote di partecipazione al raggruppamento (che, in ragione del d.l. n. 47/2014, permane oggi soltanto per gli appalti di lavori), ancorché sia rimasto l'obbligo di corrispondenza tra i requisiti e le quote di esecuzione.

Tanto dalle premesse quanto dalle osservazioni svolte in merito alla disciplina nazionale ed europea emerge l'opportunità della scelta operata in favore dell'unificazione tra le funzioni di vigilanza e regolazione in tema di appalti e il controllo e la regolazione della trasparenza e della legalità, poiché le difficoltà dell'ANAC in termini di struttura ed organizzazione, appaiono giustificate dall'esigenza di non tenere separati il luogo tecnico di verifica dei procedimenti da quello del controllo della legalità.

Centrale appare poi la distinzione tra la corruzione intesa in senso tradizionale e stretto e la penetrazione criminale negli appalti. Non solo i due fenomeni sono distinti nei presupposti, ma per certo sono distinte le alterazioni ed i danni che arrecano al sistema. Nel primo caso, vi sono diretta alterazione della concorrenza tra offerenti e danno all'amministrazione, tanto sotto il profilo economico, quanto sotto il profilo dell'efficienza del risultato del contratto. Nel secondo, l'appalto può essere potenzialmente conveniente per l'amministrazione aggiudicatrice, non dovendosi escludere (ed anzi essendo più che possibile) che l'offerta vincitrice sia davvero la più conveniente, essendo peraltro il *vulnus* al complessivo interesse pubblico ancor più grave di quanto non sia nell'ipotesi della corruzione. Ciò dovrebbe indurre il legislatore ad affrontare in modo del tutto differente i due rischi. Le regole di trasparenza, necessarie ed utili in entrambi i casi, non possono essere le medesime, poiché l'emergere del contagio del sistema degli appalti non può prescindere da una disciplina sovranazionale, organica e generale sui collegamenti tra imprese (di sicuro, l'ordinamento comunitario appare ben più ingenuo rispetto al fenomeno, come emerge dal Considerando 100 alla dir. 2014/24)

Vi è poi un'ulteriore elemento critico. Nell'ottica del fenomeno corruttivo, le preoccupazioni si concentrano tradizionalmente sul settore dei lavori, considerato da sempre più sensibile al rischio. Ritengo, invece, che sia quello dei servizi sia quello delle forniture costituiscano oggi un terreno assai delicato, che meriterebbe cautele adeguate

In ultimo, istituti come l'avvalimento sono senz'altro centrali nell'ottica della massima partecipazione e dell'accesso diffuso al mercato degli appalti pubblici. Non si può tuttavia negare che alcune estensioni della sua operatività (mi riferisco all'avvalimento della sola attestazione SOA), oltre che potenzialmente induttrici di effetti opposti a quelli voluti, siano poten-

zialmente rischiose sotto il profilo dell'esclusione complessiva e totale delle imprese criminali, al pari dell'istituto, assai più vigilato, del subappalto.

I migliori risultati di prevenzione non si otterranno prescindendo dagli elementi emersi. In primo luogo, trasparenza e prevenzione della corruzione non sono né concetti distinti né istituti normativi differenti, ma rappresentano un'unica realtà complessa e, ciò essendo, non mi sono del tutto comprensibili alcune asimmetrie applicative, quali quelle in tema di applicazione della disciplina alle società ed agli organismi partecipati dalle amministrazioni pubbliche. In secondo luogo, organizzazione e procedimento si fondono nell'attività amministrativa per contratto, così che tanto la disciplina normativa, quanto le misure applicative debbono essere intese al contempo come organizzative e procedurali. Infine, il momento della procedura selettiva e quello dell'esecuzione del contratto sono fortemente connessi in un *unicum* che appare ininterrotto e che dev'essere letto come tale affinché emergano distonie con l'ordinario e legittimo andamento dell'amministrazione. Così, il controllo sulla discrezionalità che caratterizza le regole di gara non può essere scisso né dall'analisi dell'idoneità delle misure organizzative incidenti direttamente sul procedimento, né dal controllo sulle vicende dell'esecuzione del contratto, sulle eventuali modificazioni delle clausole o delle condizioni in corso di erogazione delle prestazioni e sul risultato finale conseguito.

È in virtù dell'ultima affermazione che, sebbene sia comprensibile la spinta verso la concentrazione della giurisdizione per quel che attiene alla fase esecutiva del contratto, la scelta per il giudice ordinario ed il depotenziamento del controllo giurisdizionale amministrativo, ha finito per interrompere quel controllo complessivo, oggi sopravvissuto nella funzione paragiurisdizionale dell'ANAC.

Abstract

The essay examines the relationship between the administrative organization and the legislative framework on the prevention of corruption, with particular reference to public procurement sector. In fact, the rules on transparency and prevention of corruption represent an innovation in the Italian legal system. Furthermore, this legal framework has an absolutely central position: in fact, it requires very important organizational changes, so profoundly affecting the organizational models of public bodies themselves. If it's considered in the different elements that compose it, the anti-corruption system seems rational and efficient. In reality, particularly in the public procurement sector, the overall functioning of the system and the interaction between the different institutions involved generate many uncertainties and gaps.

GIULIA MASSARI

IL LENTO INCEDERE DI INTERNET VELOCE.
UNA BREVE CRONISTORIA DELLE POLITICHE
IN MATERIA DI BANDA ULTRALARGA

SOMMARIO: 1. Inquadramento. – 2. Le iniziative dell’Unione europea per l’affermazione della banda larga e ultralarga. – 2.1. I manifesti programmatici. – 2.2. Le istruzioni pratiche. – 3. Il dilemma di una regolazione anticipata. – 4. La specificità italiana. – 4.1. Il contesto di partenza. – 4.2. I tentativi del primo decennio 2.0. – 4.3. Il biennio 2014–2015. – 5. Dalla parte degli operatori di telecomunicazioni. – 6. Conclusioni.

1. Inquadramento

Il collegamento a Internet – come da più parti è stato sottolineato¹ – ha sovvertito lo stile di vita della popolazione tra la quale si è diffuso (circa il 40% di quella mondiale²), incidendo sui rapporti interpersonali, sulla gestione del lavoro, sulle dinamiche di mercato, sulla divulgazione delle informazioni, e trasformando complessivamente il naturale svolgersi delle azioni quotidiane. A fianco delle inevitabili difficoltà nell’adeguamento ad una rivoluzione di tale portata, numerosi sono stati i vantaggi, in ambito economico anzitutto: l’utilizzo delle *Information Technologies*, oramai colonna portante di qualsiasi esercizio imprenditoriale, ha creato nuova occupazione, ha incrementato la produttività, ha rilanciato ricerca e innovazione, oltre ad avere ridotto in misura sensibile i costi connessi ai trasporti e alle comunicazioni³.

¹ Per tutti, M. Castells, *The Internet Galaxy*, Oxford University Press, 2001.

² Sul finire del 2015 si contano oltre 3 miliardi e 200 mila utenti, in costante, esponenziale crescita (come risulta dal sito www.internetlivestats.com, aggiornato in tempo reale).

³ Di particolare interesse, a tal proposito, i lavori di R. Katz, tra cui, ad esempio, *Impact of Broadband on the Economy*, Geneva, ITU publications, 2012 e, tra i contributi italiani, L. Pupillo, *Impatto della banda larga sulla crescita economica: evidenze della letteratura*, in *L’Industria*, 4, 2009, 703 ss.

Questo rilevante contributo alla crescita non è passato inosservato in epoca di depressione economica. Le aziende, per riemergere dal pantano della crisi, sono incoraggiate a più riprese ad investire nel digitale⁴ e allo stesso modo, ma su scala più ampia, gli Stati ricevono continue sollecitazioni dai livelli sovranazionali a scommettere sul potenziale delle nuove tecnologie, in considerazione delle esternalità positive di cui l'economia globale potrebbe giovare.

Naturalmente, più celere e sicura si qualificherà la connessione alla rete, maggiori saranno i benefici che agli utenti deriveranno; anzi, il raggiungimento di un'adeguata velocità di trasmissione e ricezione dei dati costituisce talvolta la *condicio sine qua non* dell'accesso ai servizi. Non è un caso, quindi, – concentrando l'attenzione sulla realtà a noi più familiare – che l'Unione europea sospinga gli Stati membri ad assicurare sui rispettivi territori un aumento progressivo della funzionalità di Internet e che questi, a propria volta, spronino (e agevolino) gli operatori del settore a potenziare l'offerta di collegamenti rapidi, anche al fine di incentivare la domanda ed instaurare un fecondo circolo virtuoso.

L'obiettivo strategico delle politiche pubbliche, insomma, è la propagazione della *banda larga*, in origine definita come «l'ambiente tecnologico che consente l'utilizzo delle tecnologie digitali ai massimi livelli di interattività»⁵, per vero implementata a tal punto, nel volgere di pochi anni, da aver conquistato un prefisso accrescitivo, emblematico del salto di qualità: oggi il traguardo più evoluto è rappresentato dalla *banda ultralarga*, in grado di trasmettere ingenti quantitativi di dati in tempi “ultrarapidi”.

Per dare concretezza alle aggettivazioni, altrimenti inconsistenti, qualche numero può venire in soccorso. Quello di banda larga, come si è avuto modo di intuire, è un concetto dal confine mobile⁶, che avanza all'avanzare della tecnologia; allo stato, si ritengono convenzionalmente a banda larga le reti che garantiscono una velocità di ricezione (*download*) pari ad almeno

⁴ Da ultimo, il 25 giugno 2015, il governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, in occasione del convegno internazionale di Villa Mondragone, intitolato al “*Capitalism in the 21st Century. Stagnation versus Growth in Europe?*”.

⁵ Questa la definizione di compromesso adottata nel documento del 15 novembre 2001 dalla *Task force* banda larga, una Commissione interministeriale di studio istituita dal Ministro delle Comunicazioni e dal Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie con d.m. del 14 settembre 2001 (documento accessibile su http://www.interlex.it/testi/pdf/t_f_largab.pdf). Le stesse parole sono state poi riprese dal Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 159), all'art. 1, lett. o).

⁶ Lo rilevano F. De Brabant, P.M. Manacorda, G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo, reti di nuova generazione*, in P.M. Manacorda (a cura di), *I nodi delle Reti*, Firenze, Passigli, 2010, 328.

il lento incedere di internet veloce

256 Kilobit per secondo (Kbps)⁷, mentre è possibile definire a banda ultralarga le sole reti che permettono il *download* a 100 Megabit per secondo (Mbps) e oltre. Per ridurre il così ampio divario tra le due categorie, anche in considerazione del fatto che 256 Kbps non bastano neppure a visualizzare un filmato in *streaming*, l'Unione europea, riferendosi alla banda larga di base, intende in realtà una velocità di scaricamento pari ad almeno 2 Mbps; d'altra parte, è abitudine invalsa parlare di *ultrafast broadband* già a partire dai 30 Mbps.

Quale che sia l'appellativo prescelto per caratterizzare la larghezza di banda, comunque, le infrastrutture che supportano il traffico superiore ai 30 Mbps vengono di regola identificate come “reti di nuova generazione”, alla lettera, dall'inglese, “di prossima generazione” (*Next Generation Networks*, NGN). Anche in questo caso, la relatività dell'etichetta è manifesta (“nuova” rispetto a quando? “prossima” rispetto a cosa?), ma ha il pregio di raccogliere sotto lo stesso ombrello le reti di telecomunicazione idonee a veicolare servizi differenziati – voce, dati e video – tramite incapsulamento in pacchetti IP⁸. In sostanza, con una NGN, ogni tipologia di servizio transita con tecnologia IP sulla medesima infrastruttura, costruita in tutto o in parte in fibra ottica, dando luogo ad una completa convergenza⁹ tra reti fisse e reti mobili.

⁷ Così N. Matteucci, *Lo stato della banda larga in Italia: statistiche, modelli diffusivi e implicazioni di policy*, in *L'industria*, 1, 2013, 16. La velocità di 256 Kbps corrisponde peraltro al valore prescelto dall'Ocse come soglia sopra la quale identificare la banda larga: v. Oecd, *Oecd Guide to Measuring the Information Society 2011*, Oecd Publishing, p 52-53, su <http://dx.doi.org/10.1787/10.1787/9789264113541-en>.

⁸ Secondo l'ITU-T (acronimo di *International Telecommunication Union – Telecommunication Standardization Bureau*), infatti, «A Next Generation Network (NGN) is a packet-based network able to provide Telecommunication Services to users and able to make use of multiple broadband, QoS-enabled transport technologies and in which service-related functions are independent of the underlying transport-related technologies. It enables unfettered access for users to networks and to competing service providers and services of their choice. It supports generalized mobility which will allow consistent and ubiquitous provision of services to users» (Raccomandazione ITU-T n. 12/2004). Per una illustrazione più dettagliata delle reti di nuova generazione, dal punto di vista tecnico, si veda M. Gerami, *Evaluation of Next Generation Networks*, in *International Journal on Computer Science and Engineering*, vol. 2, no. 2, 2010, 378 ss.

⁹ «“Convergenza” è la parola chiave che indica il processo attuale di evoluzione delle reti e dei servizi di comunicazione, ovvero il processo di razionalizzazione in cui le reti tendono progressivamente ad unificare, per il futuro, tutti i tipi di segnali, attraverso un regime di piena interoperabilità. Il termine convergenza, quindi, si riferisce ad uno scenario ampio, dove si incontrano tecnologie, servizi e utenza delle industrie dei *media*, delle telecomunicazioni e della comunicazione dati»: Fondazione Ugo Bordoni, *Relazione al Governo e alle competenti autorità parlamentari – Le attività della Fondazione Ugo Bordoni svolte nel 2005 con aggior-*

Banda ultralarga e rete di nuova generazione, dunque, non sono sinonimi: la prima è una proprietà della seconda o, meglio, uno dei suoi corollari, sicché, se si realizza una NGN, si avrà, necessariamente, anche la banda ultralarga (nell'accezione ampia, comprensiva della fascia 30-100 Mbps). Viceversa, se l'intento è dotare famiglie ed imprese della banda ultralarga, la NGN diventa essenziale. L'approntamento di una simile infrastruttura consente così di superare il rischio, talora paventato, della saturazione della rete per l'eccessivo carico di dati circolanti ed apre la strada al progresso economico e sociale cui si accennava poco sopra, strada che l'ADSL sul doppino in rame ha solo timidamente indicato. A mero titolo di esempio, la rete in fibra ottica è l'unica a rendere efficace l'utilizzo del *cloud computing* e della videoconferenza e a permettere il ricorso al telelavoro e alla telemedicina¹⁰.

Non meno rilevante, l'ampliamento della banda ridimensiona la portata della disputa sorta intorno al principio della *Net neutrality*, secondo cui – semplificando all'estremo – tutte le informazioni, a prescindere da tipologia e provenienza, devono ricevere eguale trattamento dagli *Internet Service Providers* e viaggiare sul *web* alla medesima velocità¹¹. La neutralità della rete vieta blocchi e rallentamenti a danno di dati “scomodi” (come la voce tramite *Skype*) e, all'opposto, rifiuta corsie preferenziali a beneficio di dati prodotti da imprese paganti, proibendo agli ISPs, insomma, ogni pratica di *traffic management*, potenzialmente pregiudizievole per la libertà di navigazione degli utenti finali. Al di là delle speculazioni ordite dai *providers*, il problema di favorire un contenuto piuttosto che un altro ha una base oggettiva e nasce, evidentemente, perché la rete non è abbastanza robusta da garantire a tutti i contenuti inseriti le stesse condizioni di trasmissione: grazie all'aumento della larghezza di banda e, perciò, della capacità di carico, le discriminazioni operate smaschererebbero l'arbitrarietà che le permea, perdendo qualsiasi ragion d'essere¹².

namenti relativi al primo semestre 2006, su http://www.fub.it/sites/default/files/attachments/2013/01/Relazione_Parlamento_2005.pdf, 24.

¹⁰ Proprio con il riferimento alla telemedicina si apre il discorso sulla banda ultralarga di M. Macchia, *La Cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti di nuova generazione*, in *Munus*, 1, 2014, 93.

¹¹ Per una rapida esposizione dei termini del problema mi sia consentito il rinvio a G. Massari, *L'accesso a Internet e ai contenuti digitali quale viatico per il pluralismo informativo*, in *Munus*, 2, 2015.

¹² Esplicita il collegamento tra ampiezza di banda e neutralità della rete M.L. Mari-niello, *Net neutrality e qualificazione dei servizi di accesso alla banda larga dopo il caso Verizon: quale lezione per l'Europa?*, in *Munus*, 3, 2014, 533 ss., spec. 541, laddove spiega che «l'esponenziale crescita del traffico ip può comportare, in assenza di investimenti nella capacità di banda,

Si tratta ora di capire se e in che modo l'Italia e, ancor prima, l'Unione europea abbiano valorizzato questo potenziale, insito nella fibra ottica, se abbiano saputo fronteggiare gli inevitabili ostacoli disseminati sul percorso, se siano riuscite a produrre, ad oggi, risultati tangibili. Il presente contributo tenta, appunto, di ricostruire le tappe essenziali dell'evoluzione delle *Next Generation Networks* – e quindi della banda ultralarga – in territorio italiano, alla luce delle indicazioni provenienti dai regolatori europei, soffermandosi in particolare sui nodi problematici che ne hanno impedito uno svolgimento lineare.

2. Le iniziative dell'Unione europea per l'affermazione della banda larga e ultralarga

2.1. I manifesti programmatici

Sin dalle origini di Internet, benché la diffusione di un collegamento superveloce apparisse pura utopia, i margini di sviluppo tecnologico erano evidenti: persino l'osservatore inesperto facilmente intuiva gli enormi passi avanti che il settore, presto o tardi, avrebbe registrato. Mentre Giappone e Stati Uniti non avevano esitato a promuovere iniziative vigorose tese all'informaticizzazione della società¹³, tuttavia, la Comunità europea si mostrava assai meno risoluta¹⁴. All'approvazione, nel 1979, del Programma *FAST* (*Fore-*

rischi di congestione delle reti, rendendo necessarie misure di differenziazione dei flussi di pacchetti dati per classi di qualità» (corsivo aggiunto).

¹³ In Giappone, nel 1971, il *Japan Computer Usage Development Institute* (Jacudi) predispose un lungimirante Piano per dare vita, entro l'anno 2000, alla "società dell'informazione" e lo illustrò in Jacudi (a cura di), *Verso una società dell'informazione: il caso giapponese*, Milano, Edizioni di comunità, 1974. Gli Stati Uniti, vent'anni più tardi, conoscevano invece l'*High Performance Computing Act of 1991* (HPCA), ribattezzato "*Gore Act*" perché voluto e ideato dal senatore Al Gore, scelto poi come Vicepresidente, nel 1992, dal neo eletto Presidente Bill Clinton. Durante il suo mandato, Al Gore dedicò consistenti energie all'effettiva attuazione del documento, che puntava a dotare il Paese di vere e proprie infrastrutture per le comunicazioni elettroniche, le cosiddette *Information Superhighways*. Sull'interessante storia delle "autostrade dell'informazione" si suggerisce il volume di A.M. Noll, *Highway of dreams, A Critical View Along the Information Superhighway*, London, Routledge, 1996 e, per una panoramica ancora più completa, il lavoro di J. Bray, *The Communications Miracle: the Telecommunication Pioneers from Morse to the Information Superhighway*, New York, Springer, 1995.

¹⁴ I. D'Elia Ciampi, *L'informatica e le banche dati*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto amministrativo speciale*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, 1629, individua diverse ragioni per la mancanza di «un'azione politica tempestiva ed incisiva» della Co-

casting and Assessment in the field of Science of Technology), volto genericamente «alla definizione degli obiettivi e delle priorità a lungo termine di ricerca e sviluppo della Comunità» e all'attuazione di «una politica coerente a lungo termine nel campo scientifico e tecnologico»¹⁵, fecero seguito una serie di altri Programmi, Libri Verdi e Libri Bianchi, di sicuro interesse divulgativo, ma di scarsa incisività¹⁶.

Maggior fermezza, ma soprattutto una più spiccata propensione operativa, connotavano invece la comunicazione della Commissione *eEurope – Una società dell'informazione per tutti* dell'8 dicembre 1999 [COM(1999) 687], che si prefiggeva di favorire una penetrazione capillare di Internet tra i cittadini europei. Analoga vocazione permeava il contiguo Piano d'azione globale *eEurope 2002*, sottoscritto dal Consiglio europeo di Feira durante la riunione del 19-20 giugno 2000, primo atto del programma di riforme stabilito dal Consiglio europeo straordinario di Lisbona il 23-24 marzo dello stesso anno¹⁷. Al Piano *eEurope 2002* subentrò, dopo l'approvazione in seno al Consiglio europeo di Siviglia il 21-22 giugno 2002, il Piano *eEurope 2005*, articolato ancora una volta dalla Commissione [COM(2002) 263]. Diversamente dalle edizioni precedenti, però, *eEurope 2005* affrontava in modo diretto anche il tema della banda larga e dell'infrastruttura atta a garantirla, individuando con chiarezza le coordinate essenziali del problema: se era vero che i nuovi servizi multimediali, indispensabili per «aumentare la produttività e, di conseguenza, la crescita e l'occupazione in tutti i settori dell'economia», necessitavano di un'infrastruttura a banda larga per essere operati, pena – come è logico – il mancato sostegno dei privati, loro principali finanziatori, era altrettanto vero che l'infrastruttura a banda larga necessitasse, per essere finanziata a sua volta, dell'offerta di servizi multimediali che ne sapessero sfruttare appieno le caratteristiche. La Commissione immaginava così un intervento pubblico che incidesse su entrambi i termini dell'equazione, stimolando tanto lo sviluppo dei servizi quanto la realizza-

munità europea, ovvero: «l'inefficacia della sua strategia, tutta incentrata sull'eliminazione degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi e perseguita attraverso misure indirette e laboriose», «la rigidità e le carenze dei programmi degli Stati membri», nonché «varie difficoltà operative legate alle crisi interne alla stessa Comunità».

¹⁵ Decisione del Consiglio del 25 luglio 1978, n. 78/668/CEE, punto 1 dell'allegato.

¹⁶ Non è, peraltro, questa la sede per esaminarli. Sul punto si rimanda alla breve rassegna contenuta in G. Cassano, A. Contaldo, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Milano, Giuffrè, 2009, 8 ss e in M. Pietrangelo, *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Milano, Giuffrè, 2007, 16 ss.

¹⁷ La c.d. *Strategia di Lisbona*, infatti, fissava un obiettivo ambizioso, che l'Unione europea avrebbe dovuto raggiungere entro il 2010: «diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo» (Conclusioni della Presidenza, pt. 5).

zione dell'infrastruttura e, dunque, il lato della domanda quanto quello dell'offerta.

Divenuto esplicito il fulcro della questione, il Piano successivo si preoccupava naturalmente di riprenderlo: *i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione*, del 1° giugno 2005 [COM(2005) 229], contraddistinto da «un approccio integrato alla società dell'informazione e alle politiche audiovisive nell'Unione europea»¹⁸, affermava, infatti, l'importanza di rimuovere le strozzature che ostacolassero «la fornitura di servizi in banda larga più veloci, più innovativi e competitivi». Il punto di avvio, perciò, sembrava essere il rafforzamento della domanda, da attuarsi attraverso la predisposizione di una gamma allettante di servizi *online* (*e-health*, *e-learning*, *home banking*, ecc.), per neutralizzare la diffidenza degli imprenditori, preoccupati di non rientrare degli investimenti, a sovvenzionare l'infrastruttura a banda larga.

Chiuso, poi, il decennio illuminato dalla Strategia di Lisbona, un nuovo programma per il progresso o, meglio, per la ripresa dell'Unione vide la luce: era, ed è, *Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva* [COM(2010) 2020], comunicato dalla Commissione il 3 marzo 2010¹⁹. Tra le sette “iniziative faro” in cui esso si articola, rilievo pregnante assume, in questa sede, *Un'Agenda europea per il digitale*, «per accelerare la diffusione dell'Internet ad alta velocità e sfruttare i vantaggi di un mercato unico del digitale per famiglie e imprese». L'Agenda digitale europea [COM(2010) 245] specifica e approfondisce gli obiettivi che già *Europa 2020* aveva fissato, ovvero la garanzia ad ogni cittadino dell'accesso alla banda larga di base entro il 2013 e a 30 Mbps o più entro il 2020, anno entro il quale, peraltro, almeno il 50% della popolazione dovrà essere abbonato a connessioni Internet ad oltre 100 Mbps, in quanto – si legge – «lo sviluppo di reti ad alta velocità oggi ha lo stesso impatto rivoluzionario che ebbe un secolo fa lo sviluppo delle reti dell'elettricità e dei trasporti»²⁰. In tale contesto, “alta velocità” assume tutt'altro significato rispetto a quello che po-

¹⁸ Introduzione di *i2010*, 4. Secondo S. Faro, *Informazione (società della)*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo III, Milano, Giuffrè, 2007, 1286, è proprio questo approccio integrato l'elemento «più innovativo» di *i2010*.

¹⁹ Non si può però passare completamente sotto silenzio il *Piano europeo di ripresa economica*, lanciato nel 2008 con la comunicazione COM(2008) 800, che metteva a disposizione degli Stati membri una dotazione di 1,02 miliardi di euro attraverso il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (*feast*), per estendere l'accesso a Internet a banda larga nelle zone più isolate.

²⁰ Introduzione di *Un'agenda digitale europea*, 4.

teva recare all'inizio degli anni Duemila: nel 2010, "alta velocità" vuole dire ormai banda ultralarga e, dunque, *Next Generation Networks*.

2.2. Le istruzioni pratiche

L'Unione europea non si è tuttavia limitata a dettare indirizzi generali per la promozione di Internet veloce, come potrebbe erroneamente arguirsi dalla rapida rassegna appena conclusa, essendo altresì intervenuta con indicazioni di dettaglio circa le modalità per centrare l'obiettivo.

Il problema di fondo della banda larga e, a maggior ragione, della banda ultralarga da rete fissa, sulla quale nel prosieguo ci si concentrerà, è legato – già si è detto – al finanziamento per la realizzazione dell'infrastruttura. Da un lato, infatti, i tradizionali cavi telefonici in rame, pur se potenziati grazie alle tecnologie DSL, non consentono di raggiungere velocità elevate (certo non le velocità che si otterrebbero con le NGN) e rendono inevitabile la congestione dei dati, sino al verosimile collasso della linea per eccesso di carico. Dall'altro, se è vero che i servizi multimediali attivi non convincono i consumatori finali a dotarsi di una rete all'avanguardia, e a corrispondere il conseguente sovrapprezzo, sarebbe del tutto innaturale che gli operatori di telecomunicazioni decidessero di avviare investimenti per la creazione di quella rete, investimenti tendenzialmente cospicui²¹, di lungo periodo e dal ritorno economico incerto²². Del resto, dal momento che la fornitura di Internet ultraveloce non costituisce un obbligo di servizio universale, neppure è percorribile la strada dell'eteroimposizione normativa²³: i pubblici poteri non hanno titolo alcuno per coartare l'iniziativa imprenditoriale degli operatori e prescrivere loro, d'imperio, il finanziamento dell'infrastruttura.

A fronte di un'opportunità di crescita economica e sociale senza pre-

²¹ A. Iorio, *Il partenariato pubblico-privato come modello di finanziamento delle reti di comunicazione a banda larga*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 8-9, 2011, 567, richiama l'indagine condotta dalla società McKinsey, a sua volta ripresa dalla Commissione europea nel MEMO/08/572, *Broadband: Commission consults on regulatory strategy to promote high-speed Next Generation Access networks in Europe*. Secondo questo studio, svolto nel 2008, per completare la dotazione infrastrutturale di nuova generazione sul territorio europeo sarebbero occorsi oltre 300 miliardi di euro. Limitando l'osservazione all'Italia, il report finale del Programma di ricerca Isbul (cui si accennerà *infra*, nota 58), nel maggio 2010, stimava in 13,3 miliardi di euro il totale degli investimenti necessari per posare una rete in fibra fino alle case con copertura del 50% della popolazione.

²² Lo precisa G. De Minico, *Le regole sulle Reti di Nuova Generazione: Autorità e politico*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2012, 2.

²³ Il concetto è espresso limpidamente in G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, Jovene, 2012, 77.

cedenti per l'Europa e i singoli Stati membri, dunque, stanno – anzi, ormai, stavano – platee di utilizzatori noncuranti e, sul versante opposto, imprese di telecomunicazioni frenate dalle logiche di mercato, quanto meno con riferimento alle zone rurali e remote. In proposito, per vero, corre sin d'ora l'obbligo di una precisazione, poiché l'attitudine degli ex monopolisti pubblici europei, monopolisti fino alla liberalizzazione dei servizi telefonici, è da tenersi nettamente distinta dalla posizione degli operatori alternativi (OLO, *Other Licensed Operators*). Mentre i secondi temono in effetti la scarsa remuneratività dei sostanziosi investimenti che si troverebbero ad affrontare, ma non disdegnano l'idea di fruire di una rete più efficiente di quella in rame dell'*incumbent* (l'accesso alla quale è loro consentito dalla regolazione di matrice, ancora una volta, europea)²⁴, i primi non nutrono nemmeno interesse ad investire, preferendo «sfruttare la *legacy* del doppino»²⁵ e salvaguardare il più a lungo possibile la loro supremazia primigenia. Inoltre, il capitale dirottato sulle nuove reti dagli ex monopolisti avvantaggerebbe in via mediata anche gli OLO, visti gli obblighi di accesso che le imprese con significativo potere di mercato (SMP) sarebbero appunto tenute ad onorare, anche nell'ipotesi di migrazione alla fibra, nei confronti dei concorrenti²⁶.

In un quadro così articolato, nel quale le regole del mercato non coincidono con l'interesse della collettività, un intervento pubblico correttivo si rivela essenziale. L'apporto finanziario dello Stato, però, va calibrato con attenzione, onde evitare indesiderati effetti distorsivi sulla concorrenza, che potrebbero aversi laddove i privati, “spiazzati” dalla disponibilità economica statale (c.d. *crowding out*), si affidino ad essa anche per la soddisfazione dei propri bisogni e finiscano, di conseguenza, per ritrarsi.

²⁴ Aggiunge un tassello al puzzle C. Leporelli, *Next generation networks: caratteristiche tecnologiche e problematiche concorrenziali*, in A. Castaldo, S. da Empoli, A. Nicita (a cura di), *La tripla convergenza. Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Roma, Carocci, 2008, 82, ad avviso del quale la riluttanza degli OLO a farsi promotori dello sviluppo di una NGAN dipende dal fatto che essi potrebbero «far migrare rapidamente e forzatamente solo il numero ridotto dei loro utenti effettivi», e non anche gli utenti che – per intenderci – continuano a pagare il canone all'*incumbent*.

²⁵ S. Frova, *La banda larga in Italia. Storia probabile di un'altra occasione perduta*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2010, 448. L'Autore, qualche pagina più avanti, spiega senza circonlocuzioni: «Ma quale è l'attrattività per l'ex monopolista di un siffatto contesto? Scarsa, se non nulla, a meno che venga contemplata la possibilità di riconoscergli un elevato valore per la *legacy* del monopolio, ovvero la rete in rame che verrebbe staccata. Se così non fosse a Telecom Italia [*in generale, all'incumbent, ndr*] converrebbe certamente continuare a gestire i vecchi doppini, sfruttandoli oltre ogni limite e mettendosi in concorrenza di prezzo con l'eventuale offerta di accessi in fibra» (455).

²⁶ Si rinvia, in proposito, al par. 3.

Ebbene, l'Unione europea, conscia delle difficoltà connesse all'implementazione dell'infrastruttura, sin dal 1999 si è premurata di includere l'irrobustimento della società dell'informazione tra i *target* perseguibili attraverso i fondi strutturali europei, assoggettando le relative misure a specifiche linee guida [SEC(1999) 1217] e fornendo un supporto concreto alle iniziative nazionali nel contempo – con i mezzi descritti più sopra – sollecitate. Al mutare del contesto economico e normativo, su cui in profondità ha inciso l'adozione del c.d. Pacchetto Telecom²⁷, le linee guida sono state aggiornate nel 2003 dal documento SEC(2003) 895, *Guidelines on criteria and modalities of implementation of Structural Funds in support of electronic communications*: sulla base di questo, è ammesso il sostegno del Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) per i progetti di infrastrutturazione delle aree depresse, ove le politiche commerciali sconsiglierebbero di investire, purché i progetti stessi si inseriscano in un quadro più ampio di azioni tese alla crescita economica dell'area e rispettino il principio della neutralità tecnologica, ovvero non escludano aprioristicamente l'impiego di una tecnologia (cavo, DSL, satellite, *wireless*) a beneficio di un'altra. Ancora, per ottenere sovvenzione, i progetti devono conformarsi alla nuova cornice regolamentare e alle norme sugli aiuti di Stato e devono prevedere infrastrutture od impianti aperti a tutti gli operatori di telecomunicazioni. Appurata la sussistenza delle condizioni, poi, è importante che l'attuazione dei programmi sia

²⁷ Consistente – come noto – nelle cinque Direttive emanate nel 2002: la 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (c.d. Direttiva quadro); la 2002/20/CE, relativa all'autorizzazione per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (c.d. Direttiva autorizzazioni); la 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (c.d. Direttiva accesso); la 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (c.d. Direttiva servizio universale); la 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Copiosa è la dottrina sulla portata della regolazione del 2002 e sul recepimento di questa nell'ordinamento italiano, per il tramite del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259): si segnalano, *ex pluribus*, S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2002, 689 ss., ma anche in *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 105 ss.; F. Merusi, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2004, 1269 ss.; R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004; M. Clarich, G.F. Cartei (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004; G. Della Cananea (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappicchelli, 2005. Ripercorre efficacemente l'intera parabola evolutiva della normativa europea sulle comunicazioni elettroniche, dalla fine degli anni Ottanta ai giorni nostri, G. Gardini, *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino, Giappicchelli, 2014, 239 ss.

il lento incedere di internet veloce

demandata ad aggiudicatari di gare ad evidenza pubblica, che dovranno agire con la massima trasparenza, per consentire la fissazione di tariffe equilibrate da applicare agli operatori che vorranno usufruire della rete.

Anche il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) è stato mobilitato. Il regolamento n. 473/2009 del Consiglio, infatti, ricordando lo stanziamento di 1,02 miliardi di euro nel FEASR per moltiplicare l'accesso a Internet ad alta velocità nelle zone meno servite, disposto l'anno precedente²⁸, ha stabilito che, per ricevere finanziamento, i programmi di sviluppo rurale presentati dagli Stati debbano prevedere tra le priorità proprio la costruzione di infrastrutture a banda larga.

Il 2009, tuttavia, si ricorda principalmente per un altro atto, di somma rilevanza per il settore che ci occupa: la comunicazione 2009/C 235/04 dalla Commissione europea, recante gli «Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga», una sorta di *vademecum* cui gli Stati membri sono chiamati ad attenersi laddove intendano assistere i privati nell'aprontamento di reti a banda larga e ultralarga, in modo da non configurare aiuti illegittimi ai sensi dell'art. 107 TFUE (allora art. 87 del Trattato che istituisce la Comunità europea). La Commissione tenta qui il delicato bilanciamento tra l'esigenza di garantire Internet veloce anche nelle zone a fallimento di mercato, ove nessun imprenditore avveduto investirebbe, e la necessità che gli interventi pubblici non sostituiscano *in toto* l'iniziativa privata, falsando o minacciando di falsare la concorrenza. La disciplina che ne risulta può considerarsi «a maglie relativamente larghe»²⁹, benché introduca importanti distinguo tra le aree in cui la banda non è presente e non ne sia preventivata l'introduzione («aree bianche»), le aree in cui è attivo un solo operatore di rete e pare improbabile che nel futuro prossimo subentrino nuovi soggetti («aree grigie») e le aree in cui operano almeno due fornitori di servizi di rete in condizioni di concorrenza («aree nere»), escludendo qualsiasi elargizione statale in queste ultime³⁰. Ad ogni buon conto, il beneficiario delle sovvenzioni pubbliche, selezionato tramite gara d'appalto a

²⁸ Cfr. nota 19.

²⁹ M. Libertini, *Le reti di nuova generazione: le posizioni della Commissione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2009, 1223. Anche nell'interpretazione di M. Cave, *La regolamentazione delle reti di nuova generazione*, in *MCR*, 3, 2009, 551, il documento della Commissione si mostra «favorevole a forme di supporto statale» allo sviluppo della banda larga e, nello specifico, delle *Next Generation Networks*.

³⁰ A meno che gli Stati non dimostrino che gli operatori delle reti a banda larga di base, attivi entro i confini di un'area nera, non abbiano alcuna intenzione di investire in reti NGN nei tre anni successivi (par. 78 della comunicazione 2009/C 235/04).

procedura aperta, sarà tenuto, in cambio, ad assicurare ai terzi l'accesso all'ingrosso³¹ all'infrastruttura attiva e passiva per almeno sette anni.

Tutti questi indirizzi, obblighi e divieti, peraltro, sono stati confermati e affinati nella versione del 2013 delle linee guida sugli aiuti di Stato per lo sviluppo delle reti a banda larga, che – in coerenza con l'evoluzione tecnologica – si concentrano specificamente sulle NGN, prevedendo, *inter alia*, l'eccezionale ammissibilità dell'aiuto nelle aree nere, qualora l'intervento pubblico consenta di effettuare il «salto di qualità» verso una rete di nuova generazione in grado di fornire «altissima velocità, ben oltre i 100 Mbit/s»³².

L'attribuzione di incentivi economici provenienti dalle casse statali, rispettosi delle norme comunitarie *antitrust*, concretizza evidentemente una forma di partenariato pubblico-privato (PPP), il cui impiego l'Unione europea non ha mancato di incoraggiare, anche con riferimento puntuale alle infrastrutture di telecomunicazioni. Ad avviso della Commissione, infatti, la collaborazione tra autorità pubbliche e attori privati stimola il raggiungimento di obiettivi comuni, consente di realizzare importanti progetti di ricerca e di potenziare la capacità innovativa del continente ed è perciò caldeggiata anche «per superare il divario digitale e promuovere una rapida transizione ai servizi di Internet a banda larga ad alta velocità»³³.

3. Il dilemma di una regolazione anticipata

Il crescente rilievo assunto dalle NGN, forte delle promesse di rilancio economico, quasi di taumaturgica rigenerazione globale, che a queste si accompagnano, ha prevedibilmente sollevato il dubbio circa l'opportunità di

³¹ L'accesso all'ingrosso (*wholesale*) alla rete fissa consente agli OLO, sprovvisti di una rete propria, di offrire agli utenti servizi di accesso diretto su infrastrutture di proprietà dell'*incumbent*. Tra le tipologie di accesso all'ingrosso, assumono rilevanza particolare l'accesso disaggregato o *unbundling del local loop* (ULL), attraverso cui l'operatore alternativo affitta dall'impresa smp il segmento di rete tra la sede dell'utente e la centrale di distribuzione locale più vicina (c.d. ultimo miglio), e il *bitstream*, in base al quale la rete rimane nella disposizione materiale dell'*incumbent*, mentre l'operatore alternativo acquista da quest'ultimo la mera capacità trasmissiva tra la sede dell'utente e il punto di presenza di un *Internet Service Provider*. Sull'*unbundling* e sul suo effetto pro-competitivo si veda C. Leporelli, P. Reverberi, *Praticabilità dell'unbundling: aspetti regolamentari e di tutela della concorrenza*, in *MCR*, 1, 2004, 127 ss.

³² Parr. 82 ss., comunicazione 2013/C 25/01 del 26 gennaio 2013.

³³ Comunicazione della Commissione COM(2009) 615 del 19 novembre 2009, *Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privati*, 2-3. In tema, diffusamente, A. Iorio, *Il partenariato pubblico-privato come modello di finanziamento delle reti di comunicazione a banda larga*, cit., 559 ss.

introdurre, per le stesse, una compiuta regolazione, pur in assenza pressoché totale dell'oggetto da regolare³⁴.

Il discorso si lega a doppio filo con quello, già affrontato, della convenienza dei contributi statali alla costruzione dell'infrastruttura: al pari dei finanziamenti pubblici, in effetti, anche un assetto regolatorio inadeguato, perché ad esempio punitivo nei confronti dell'*incumbent* o viceversa troppo lasco o, addirittura, carente, può comportare gravi conseguenze sulle scelte di investimento delle imprese private di telecomunicazioni³⁵. Se già una riflessione simile era formulata con riferimento al quadro normativo dell'accesso alla rete in rami successivi alla liberalizzazione³⁶, ove l'unico cruccio consisteva nella promozione della concorrenza su di un'infrastruttura esistente, essa vale, a maggior ragione, nel contesto attuale, in cui il legislatore deve preoccuparsi, altresì, di guidare gli investitori verso la realizzazione dell'infrastruttura, realizzazione che – merita ribadirlo – non gli è possibile imporre³⁷.

L'applicazione di una rigorosa disciplina *ex ante*, classicamente asimmetrica a scapito dell'*incumbent*³⁸, importerebbe la comprensibile riluttanza

³⁴ «In che misura – si chiede B. Brancoli Busdraghi, *La regolazione di una rete che non c'è: il caso delle NGN*, in *Concorrenza e Mercato*, Milano, Giuffrè, 2012, 816 – è (...) opportuno regolare il mercato relativo ad un bene che ancora non c'è?».

³⁵ Lo ricorda A. Salvato, *Lo scorporo dei servizi accessori e la separazione strutturale della rete di telecomunicazioni*, in *Munus*, 3, 2013, 665.

³⁶ Come annota G. Napolitano, *I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune»*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo*, 142-143, il sistema di regolazione, «proprio perché frammenta le prerogative proprietarie del titolare della rete attraverso il riconoscimento di poteri di condizionamento in capo alle autorità pubbliche e l'attribuzione di diritti di accesso agli altri operatori», disincentiva gli investimenti nell'innovazione tecnologica e nello sviluppo della rete sia delle imprese *new comers* sia dell'operatore storico. Le prime, invece di completare la propria rete, tenderanno inevitabilmente a ricorrere all'*unbundling*, acquistando, senza rischio di mercato e a prezzi nominali, il diritto di passaggio sulle infrastrutture esistenti dell'operatore storico. Quest'ultimo, a sua volta, sarà disincentivato a investire ulteriormente nella rete dal momento che i benefici da ciò derivanti sono sostanzialmente espropriati dal regolatore, quando ne impone la condivisione con le imprese concorrenti. Inoltre, l'operatore dominante subirà i costi amministrativi derivanti dall'osservanza del pesante regime regolatorio (si pensi alla predisposizione dei complessi accordi di interconnessione e più in generale agli oneri contabili che ne conseguono). Trattasi di un'esemplificazione della cosiddetta «tragedia degli anticomuni», «una situazione in cui più soggetti dispongono del potere di impedire l'esercizio delle prerogative dominicali su un dato bene» (141).

³⁷ Cfr. G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, cit., 78.

³⁸ Per utilizzare le parole di E. Pontarollo, *Barriere strutturali e comportamenti strategici nelle telecomunicazioni fisse*, in S. Frova, E. Pontarollo (a cura di), *La liberalizzazione zoppa. Il caso della telefonia fissa*, Milano, Vita e Pensiero, 2004, 42, quando si parla di regolazione asimmetrica si

dell'impresa dominante (coincidente, per lo meno in Italia, con l'ex monopolista della telefonia fissa) ad investire nel mercato della banda ultralarga, per il semplice fatto che essa dovrebbe far accedere all'infrastruttura, e dunque avvantaggiare, anche i suoi diretti concorrenti. Per contro, la vacanza regolatoria, ossia l'assenza di qualsivoglia normazione, renderebbe sì più appetibile l'investimento per l'impresa SMP, ma con ogni probabilità si tradurrebbe in una radicale estromissione degli OLO, privi di garanzie di accesso alla rete dell'*incumbent* e incapaci, da soli, di sostenere la spesa per crearne una propria. A chi, nel primo decennio del XXI secolo, già si interrogava sul cammino da intraprendere, dunque, entrambi gli scenari apparivano sgraditi³⁹.

Nel 2010, al termine di un'articolata fase di studio biennale, durante la quale diverse proposte si sono avvicinate, la Commissione europea ha tentato una mediazione, sintetizzandola nella Raccomandazione 2010/572/UE. Il documento, rivolto alle Autorità nazionali di regolamentazione (ANR), finisce però per replicare, nel settore delle NGN, gli obblighi asimmetrici tradizionali prescritti all'operatore dominante nel mercato della rete in rame, sul presupposto che questo operatore goda comunque di una posizione iniziale di superiorità rispetto ai concorrenti, in quanto proprietario di un'infrastruttura – costruita con fondi pubblici – che facilmente può essere utilizzata anche per la posa della fibra ottica, e perciò agevolato da un notevole risparmio sui costi di installazione⁴⁰.

intende «evidenziare il sostegno dato dal regolatore alle imprese che stanno entrando in settori caratterizzati da lungo tempo da condizioni di monopolio (...). Un intervento di questo tipo è giustificato solo dalla necessità di proteggere le imprese entranti dallo strapotere dell'impresa dominante, e fintantoché tale strapotere permane». In tema, si suggerisce la lettura di A. Gambino, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, 5 ss.; L.G. Radicati di Brozolo, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Dir. inf.*, 1997, 493 ss.; Id., *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *MCR*, 3, 2002, 561 ss.; A. Genovese, G. Fonderico, *Concorrenza e regolazione asimmetrica nelle telecomunicazioni*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 45 ss.; L. Saltari, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra Agcm, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2006, 1212 ss. Sviscera, più in generale, le problematiche legate alla regolazione delle reti di comunicazione elettronica L. Saltari, *Accesso e interconnessione*, Milano, Ipsoa, 2008.

³⁹ Secondo F. Kirsch, C. von Hirschhausen, *Regulation of NGN: Structural Separation, Access Regulation, or No Regulation at All?*, in *Communications & Strategies*, no. 69, 2008, 71, infatti, «the two “extreme” options, deregulation and separation, bear a high risk and have a limited scope of application».

⁴⁰ Si stima, infatti, che circa l'80% dei costi sia da imputare alle «opere civili per la costruzione dei condotti o per lo scavo di trincee, nel caso di interrimento diretto dei cavi»: C. Spinelli, G. Vannucchi, *New Generation Network. Strategie di accesso*, in *Mondo digitale*, 4, 2008, 19.

il lento incedere di internet veloce

Ai sensi del testo definitivo, pertanto, le ANR sono chiamate anzitutto a ordinare alle imprese SMP di porre a disposizione degli OLO le proprie infrastrutture di ingegneria civile (parr. 13-14), nonché, qualora decidano di far arrivare la fibra sino all'abitazione degli utenti (*Fiber-to-the-Home*, FTTH), i segmenti di terminazione delle reti di accesso (par. 18), sempre a prezzi orientati ai costi. Nel caso in cui la concorrenza *facility-based*, ovvero basata sulla presenza di infrastrutture alternative, non fosse perseguibile, le ANR dovrebbero ripiegare sulla concorrenza *service-based*⁴¹, basata sui servizi, obbligando «l'operatore SMP a rendere disponibili i nuovi prodotti di accesso a banda larga all'ingrosso, di norma almeno sei mesi prima che l'operatore stesso o la sua filiale al dettaglio mettano in commercio i propri corrispondenti servizi al dettaglio di reti NGA» (par. 32). Solo se un'apposita analisi di mercato dimostrasse il raggiungimento di una competizione paritaria, e il connesso indebolimento della dominanza dell'*incumbent*, i vincoli normativi gravanti su quest'ultimo potrebbero essere alleggeriti (parr. 36-37)⁴² e, specularmente, i benefici concessi agli OLO venire meno⁴³. Stella polare dovrà essere, comunque, il categorico divieto di discriminazione posto a carico dell'operatore SMP, divieto che – nella successiva Raccomandazione 2013/466/UE della Commissione, datata 11 settembre 2013 – si arricchisce di nuovi dettagli e contenuti⁴⁴.

La Commissione, che determina così in modo puntuale i *remedies* da applicare a tutela della concorrenza e si ingerisce di fatto nelle competenze

⁴¹ Un approfondimento sulle tipologie di concorrenza realizzabili si rinviene in E. Gallo, E. Pontarollo, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *MCR*, 3, 2006, 521 ss.

⁴² G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, cit., 88, ma anche Id., *Banda larga e NGNs: cambiano le funzioni dei Corecom*, in P.M. Manacorda, G. De Minico (a cura di), *Regioni, Corecom e banda ultralarga*, Firenze, Passigli, 2012, 64.

⁴³ La regolazione segue l'approccio della c.d. *ladder of investments*, teorizzato da Cave e Vogelsang, alla stregua del quale i regolatori nazionali devono inizialmente incoraggiare «l'accesso di nuovi operatori all'infrastruttura essenziale di proprietà dell'*incumbent*, con la mera finalità di consentire ai primi di replicare l'offerta del secondo e con esso concorrere nella fissazione del prezzo al dettaglio. In seguito (...), i regolatori devono progressivamente favorire l'accesso dei concorrenti in punti sempre più "a monte" nella rete dell'*incumbent*»; solo «una volta che i nuovi operatori avranno conseguito le necessarie economie di scala e una corposa base installata di clienti, sarà possibile realizzare il vero e proprio obiettivo finale, la concorrenza tra operatori dotati ciascuno della propria infrastruttura»: A. Renda, *Quali nuove regole per la "Information Superhighway" europea?*, in F. Passarelli (a cura di), *Unione europea: governance e regolamentazione*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 266-267.

⁴⁴ Relativa, appunto, «all'applicazione coerente degli obblighi di non discriminazione e delle metodologie di determinazione dei costi per promuovere la concorrenza e migliorare il contesto per gli investimenti in banda larga».

assegnate alle Autorità nazionali di regolamentazione, si serve tuttavia di un atto di *soft law*, quale è – tipicamente – la Raccomandazione. È ben vero che il provvedimento in esame è emanato sulla scorta dell'art. 19, par. 1, della Direttiva quadro 2002/21/CE, secondo cui gli Stati membri devono vigilare affinché le ANR lo tengano «nella massima considerazione», ma non si può prescindere dalla sua classificazione formale, che esclude l'instaurazione di un vincolo giuridico in senso stretto. Singolare, e un poco contraddittorio, peraltro, che la Commissione impieghi uno strumento di diritto “morbido” al dichiarato fine di tutelare la certezza del diritto⁴⁵: con ogni evidenza, si tratta di una strategia per aggirare l'*impasse* cui i Governi europei l'avevano costretta, che palesa l'intensità della carica politica intorno allo sviluppo delle reti di nuova generazione⁴⁶.

Nondimeno, l'Autorità di regolazione italiana, l'Agcom, con la delibera 1/12/CONS, ha deciso di inserirsi nel solco tracciato dalla Raccomandazione europea, disponendo una combinazione di rimedi passivi (obbligo di accesso alle infrastrutture di posa e alla fibra spenta, obbligo di accesso disaggregato alla rete in fibra) e attivi (fornitura del servizio di *unbundling* tradizionale o, se incompatibile con le caratteristiche tecniche di rete, di *end to end* o del servizio VULA – *Virtual Unbundled Local Access*, o ancora, in ultima istanza, del *bitstream*) a carico dell'operatore notificato quale avente SMP, Telecom Italia, senza escludere la possibilità di imporre, nel prossimo futuro, obblighi di accesso simmetrici, incidenti su tutti gli operatori in posizioni tali da inibire la concorrenza⁴⁷.

⁴⁵ Al considerando 3 si legge: «È di fondamentale importanza che gli approcci normativi adottati dalle ANR siano omogenei, in modo da evitare distorsioni del mercato e da creare certezza del diritto», e al considerando 6: «La certezza del diritto è l'elemento fondamentale per promuovere investimenti efficienti da parte di tutti gli operatori». La menzionata contraddittorietà viene messa in risalto in Isbul, *WP 3.1 – Semplificazione amministrativa, Rapporto finale*, 29, su <http://www.agcom.it/documents/10179/539179/Studio-Ricerca+25-05-2009+17/1cda8514-3bfe-445c-88d6-9b312b2f0062?version=1.0>.

⁴⁶ Se un merito inconfutabile va riconosciuto alla Raccomandazione del 2010 è, in effetti, «una perfetta comprensione della delicatissima posta in gioco e una ponderata cautela circa l'assunzione dei rischi impliciti in qualsiasi mossa troppa dogmatica», come afferma S. Mannoni, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, Il Mulino, 2014, 166-167. L'Autore individua, in realtà, un'ampia serie di obiezioni mosse all'atto, ma mostra a più riprese di apprezzare lo sforzo profuso dalla Commissione in direzione di un bilanciamento tra esigenze contrapposte, in nome della salvaguardia, ad ogni costo, del quadro concorrenziale esistente.

⁴⁷ Per un approfondimento sui contenuti della delibera, che questa non è la sede per analizzare, si veda B. Brancoli Busdraghi, *La regolazione di una rete che non c'è: il caso delle NGN*, cit., 803 ss.

Il provvedimento ha ricevuto pungenti critiche, incentrate sulla scelta di qualificare l'*end to end* come «scivolo» per il dominante incapace – per via dell'architettura di rete – di concedere l'*unbundling*⁴⁸, ma la sua emanazione, per nulla scontata, è da guardarsi con favore, non foss'altro perché ha dotato l'Italia di un quadro regolamentare certo, sulla base del quale gli operatori privati possono programmare i tanto auspicati investimenti.

4. La specificità italiana

4.1. Il contesto di partenza

Proprio sulla situazione italiana è opportuno, a questo punto, soffermarsi. Alla luce di quanto osservato finora, si tratta, *in primis*, di identificare il contesto originario del Paese, per poi verificare con quali strumenti il decisore politico sia intervenuto in merito alla diffusione della fibra ottica e in che modo le imprese di telecomunicazioni abbiano reagito.

Da premettere, appunto, una considerazione sulla dotazione infrastrutturale italiana di partenza, che diverge da quella di buona parte degli Stati europei, centro-settentrionali in particolare: mentre in altri Paesi, sin dal principio, la trasmissione dei dati poteva fare affidamento sulla rete televisiva via cavo (CATV), oltre che sulla rete telefonica in rame, l'Italia non conosceva alternative a quest'ultima, controllata, lungo l'intera sua estensione, da Telecom Italia, già Sip. Con la liberalizzazione delle telecomunicazioni, alla fine degli anni Novanta, altri operatori hanno guadagnato ingresso al mercato, ma hanno dovuto fare i conti con la presenza di un colosso verticalmente integrato, un soggetto che offriva servizi agli utenti finali e che, nel contempo, possedeva l'unica infrastruttura disponibile⁴⁹. Questi operatori, quindi, dovevano scegliere se competere con l'*incumbent* approfittando della sua stessa rete, tutelati dai rimedi asimmetrici e dagli obblighi di parità di

⁴⁸ Secondo G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, cit., 92 ss., l'*end to end* – che consiste nella possibilità per gli OLO di ordinare all'*incumbent* collegamenti in fibra spenta fino al cliente – configura una soluzione troppo lontana dall'obiettivo pro-competitivo dell'Unione, perché richiede una fibra a capienza multipla, di cui l'*incumbent* potrebbe non disporre, e dunque procura un accesso equivalente a quello dell'*unbundling* solo se accompagnato dall'obbligazione, a carico dell'*incumbent* medesimo, di adeguare la capienza della sua rete alle richieste di accesso ricevute. Altre censure mirate si ritrovano in Id., *Le regole sulle Reti di Nuova Generazione: Autorità e politico*, cit.

⁴⁹ Delinea con chiarezza il quadro E. Pontarollo, *Barriere strutturali e comportamenti strategici nelle telecomunicazioni fisse*, cit., 40-41.

trattamento ad esso imposti dall'Agcom, oppure se farlo costruendo reti diverse.

Sulle prime, nel 2001, un'azienda decise di impegnarsi nella realizzazione di una nuova rete, per di più in fibra ottica: era la neonata *Fastweb*, che superò effettivamente il traguardo di 200.000 connessioni, conferendo all'Italia un insperato primato nel settore della banda larga⁵⁰. I costi, tuttavia, si rivelarono ben presto troppo onerosi e l'ambizioso piano immaginato abortì. Sempre per ragioni di sostenibilità economica, ma sul crinale opposto, era fallito, poco dopo il decollo, anche il progetto di Stet, annunciato a metà del 1995 dall'amministratore delegato dell'azienda che di lì a breve si sarebbe fusa con Telecom Italia. Il programma, conosciuto come «progetto Socrate», prevedeva un investimento di 13 mila miliardi di lire, per portare entro il '98 la fibra ottica in 10 milioni di abitazioni, ma riuscì a collegare, a conti fatti, appena 1 milione di case⁵¹. In seguito alla liberalizzazione, smorzati gli entusiasmi iniziali, e per i motivi evidenziati all'esordio di questo lavoro, Telecom Italia perse ogni interesse ad investire nella migrazione verso la fibra, preferendo semmai potenziare i vecchi doppiini in rame, finanziati senza sforzo, in precedenza, grazie alle rendite di monopolio.

La sostituzione del cavo coassiale con la fibra ottica, in generale, è riuscita soltanto per le dorsali (*backbones*), le reti di lunga percorrenza che trasportano blocchi di dati ammassati, e per le reti di giunzione (*backhaul*), le sezioni intermedie che connettono le dorsali alle centrali di commutazione (o stadi di linea urbani), mentre il segmento di rete che unisce gli utenti finali alla centrale di commutazione, la rete di accesso in senso stretto (*local loop* o “ultimo miglio”), è rimasto baluardo del rame di Telecom. La crescente capillarità dell'architettura, man mano che ci si avvicina alla sede dell'utente, infatti, presuppone interventi di scavo e posa altrettanto capillari, impegnativi da sostenere per qualunque attore privato⁵².

Costruire le reti di nuova generazione significa quindi, di fatto, estendere la fibra sino alla rete di accesso ed estinguere così il fenomeno “del collo di bottiglia” (*bottleneck*), per il quale le informazioni, che fino agli stadi di linea hanno viaggiato su autostrade a dieci corsie, si ritrovano all'improvviso, sull'ultimo miglio, ad imboccare una mulattiera, provocando inevitabili

⁵⁰ S. Frova, *La banda larga in Italia. Storia probabile di un'altra occasione perduta*, cit., 447-448, parla persino di una «piccola rivoluzione» ed enfaticamente puntualizza: «all'inizio del secolo l'Italia sembrava essere davvero nel plotone di testa dei paesi avanzati, anzi era addirittura in fuga!».

⁵¹ G. Meletti, *Telecom, l'addio al piano Socrate*, in *Corriere della Sera*, 18 gennaio 1998, 19.

⁵² Così F. De Brabant, P.M. Manacorda, G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo, reti di nuova generazione*, cit., 341.

il lento incedere di internet veloce

ingorghi e, a danno dell'utente, fastidiose disfunzioni. Ecco perché, nel linguaggio specialistico, all'acronimo NGN è preferito l'acronimo NGAN: *Next Generation Access Network*, ove "Access" sta ad indicare, precisamente, la porzione di rete che si dirama dagli stadi di linea verso gli utilizzatori finali.

Le NGAN, poi, si differenziano ulteriormente a seconda del punto in cui la fibra si arresta: se questa arriva fino agli armadi stradali di distribuzione, di regola collocati tra i 100 e i 700 metri dalla sede dell'utente, si parla di *Fiber-to-the-Cabinet* (FTTC); se giunge fino alla base dell'edificio dal quale l'utente si connette a Internet, si è in presenza di *Fiber-to-the-Building* (FTTB); se, infine, penetra sino all'abitazione dell'utente, si ha la tecnologia più raffinata e potente, *Fiber-to-the Home* (FTTH). Nel nodo in cui termina la fibra si aggancia il doppino in rame per approdare, comunque, all'interno dell'alloggio dell'utente: più il doppino è corto (nel modello FTTH – si è visto – esso è addirittura inesistente), più elevate si classificheranno le prestazioni della rete⁵³. Benché la FTTH rappresenti la soluzione ottimale, tutte e tre le tecnologie evocate possono definirsi a banda ultralarga e, pertanto, garantiscono una navigazione ad altissima velocità.

4.2. I tentativi del primo decennio 2.0

Considerati gli insuccessi delle iniziative private e il progressivo aumento del *digital divide* nel Paese, soprattutto nelle zone rurali e nel Mezzogiorno, nonché gli impulsi provenienti dall'Unione europea, al debutto del nuovo millennio il decisore politico ha cominciato ad interessarsi concretamente al problema "banda larga", tramutatosi, nel corso degli anni e con l'avanzare inesorabile della scienza, nel problema – ancora attuale – "banda ultralarga".

Tra i primi interventi statali giova segnalare, quanto meno, il *Programma per lo sviluppo della banda larga nel Mezzogiorno*, alla cui promozione si impegnarono, con il memorandum d'intesa del 12 marzo 2003, il Ministero delle comunicazioni, il Ministero dell'economia e delle finanze e il Ministero per l'innovazione e le tecnologie, disponendo il ricorso al Fondo nazionale per lo sviluppo delle aree sottoutilizzate (FAS). Delegata alla realizzazione del programma era la società Sviluppo Italia, per il tramite della società di scopo Infratel, all'uopo costituita e posseduta per il 99% da Sviluppo Italia⁵⁴. Si sa-

⁵³ Una panoramica sintetica ma esauriente è offerta da S. Mannoni, *Regolare la rete di accesso: dal rame alla fibra*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli, 2009, 77 ss.

⁵⁴ Corte dei Conti, *Interventi per infrastrutture a "banda larga" nelle aree depresse*, 2007, p

rebbe invece occupato dell'effettiva assegnazione delle risorse, alla stregua delle proprie ordinarie competenze, il Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE). Il piano, in estrema sintesi, mirava alla costruzione di un'infrastruttura pubblica – da mettere poi a disposizione dei privati – nelle aree depresse del Sud Italia e, nel contempo, puntava a stimolare la domanda di servizi digitali tra i cittadini.

Se, per approntare l'infrastruttura, la prima delibera CIPE aveva accantonato 900 milioni di euro (n. 17 del 9 maggio 2003), una successiva delibera ridimensionò l'importo abbassandolo a 150 milioni (n. 83 del 13 novembre 2003), cui si aggiunsero gli 80 milioni previsti dalla delibera n. 35 del 27 maggio 2005. Di anno in anno, per mano delle leggi finanziarie, queste assegnazioni subirono, per vero, sia incrementi che riduzioni⁵⁵ e, seguendo le fluttuazioni delle risorse stanziare, anche i lavori conobbero un andamento “a singhiozzo”. Alla data del 31 dicembre 2006, ad ogni modo, erano stati realizzati solo 510 km di infrastrutture, pari al 29,56% delle opere previste⁵⁶.

Il lento avanzamento del *Programma per lo sviluppo della banda larga nel Mezzogiorno*, unito alla sua parzialità, indussero il Governo, allora guidato da Silvio Berlusconi, a muovere altri passi verso l'implementazione infrastrutturale. Da un lato, il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, rispondendo ad una vocazione semplificatrice, estese all'installazione di reti e impianti di comunicazione in fibra ottica l'applicabilità della dichiarazione di inizio attività e stabilì che gli operatori di telecomunicazioni potessero utilizzare senza oneri, per la posa della fibra, le infrastrutture civili di proprietà pubblica (art. 2)⁵⁷. Dall'altro, a ottobre 2008, il Sottosegretario dello sviluppo economico con delega alle comunicazioni, Paolo Romani, nominò l'ingegnere Francesco Caio a capo di una *task force* incaricata di esaminare la situazione italiana in ordine allo stato di diffusione

1 e 4, su http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_centrale_controllo_amm_stato/2007/delibera_19_2007_g_relazione.pdf.

⁵⁵ G. De Minico, *Regulation, banda larga e servizio universale. Immobilismo o innovazione?*, in *Pol. dir.*, 4, 2009, 565, nota 67, ad esempio, rileva che lo stanziamento per le infrastrutture di comunicazione elettronica disposto dalla legge finanziaria del 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244), è stato soppresso dal d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 126, che «ha impiegato tali somme per coprire il mancato introito dovuto all'eliminazione dell'ici».

⁵⁶ Corte dei Conti, *Interventi per infrastrutture a “banda larga” nelle aree depresse*, cit., 21 ss.

⁵⁷ Per uno sguardo approfondito sulla normativa che presiede la realizzazione delle reti di telecomunicazione si rinvia a L. Marotta, *L'installazione di reti di comunicazione elettronica e la condivisione di infrastrutture*, in *Munus*, 3, 2012, 569 ss.

il lento incedere di internet veloce

della banda larga e di individuare soluzioni per colmare il divario tecnologico⁵⁸.

Il c.d. Rapporto Caio fu consegnato al Governo il 12 marzo 2009, ma reso pubblico soltanto tre mesi dopo, il 15 giugno 2009, sollevando una scia di polemiche e di speculazioni sulle ragioni del ritardo. Dalla relazione affiorava, comunque, l'*identikit* di un Paese arretrato, ove, a mero titolo di esempio, il tasso di penetrazione della fibra ottica si attestava appena al 2,7%, a fronte di una media OECD del 9,2%⁵⁹. Tra le proposte avanzate per recuperare terreno, faceva capolino l'elaborazione di un «piano obiettivo», mediante il quale garantire una connessione a 2 Mbps al 99% della popolazione: il piano – si leggeva – avrebbe potuto essere completato entro il 2011 se avviato entro giugno 2009 e avrebbe presupposto un investimento di 1,2/1,3 miliardi di euro⁶⁰.

A giugno 2009 non un piano, bensì una norma che semplicemente lo prefigurava, vide la luce. Si tratta dell'art. 1 della legge n. 69/2009, in base al quale il Governo era chiamato ad individuare, appunto, «un programma di interventi infrastrutturali nelle aree sottoutilizzate necessari per facilitare l'adeguamento delle reti di comunicazione elettronica pubbliche e private all'evoluzione tecnologica e alla fornitura dei servizi avanzati di informazione e di comunicazione del Paese». Ancora una volta, spettava al CIPE approvare le risorse necessarie all'attuazione del programma, al cui finanziamento venivano destinati soltanto – a fronte delle ben più generose stime compiute nel Rapporto Caio – 800 milioni di euro, a valere sul Fondo per le aree sottoutilizzate. Per la realizzazione delle infrastrutture era previsto l'impiego del *project financing* e veniva designato, quale soggetto competente al coordinamento dei progetti, il Ministero per lo sviluppo economico, che

⁵⁸ Il 2008, peraltro, va ricordato anche per l'avvio del programma di ricerca “Infrastrutture e Servizi a Banda Larga e Ultralarga” (Isbul), promosso dall'Agcom con il coinvolgimento di studiosi universitari ed esperti del settore. «Il programma – come si legge sul sito dell'Agcom – ha inteso porre le basi per un presidio permanente dell'Autorità sulle tematiche tecnologiche, economiche e giuridiche relative agli aspetti infrastrutturali delle reti a banda larga e ultralarga, e fornire risultati utili alla promozione e allo sviluppo delle reti ngn a vantaggio dell'intera collettività» (<http://www.agcom.it/il-programma-di-ricerca-isbul>). Fra le altre cose, il programma Isbul ha gettato le basi per la creazione di un catasto delle infrastrutture, censendo la presenza, in Italia, di 56 reti in fibra ottica: v. Cassa Depositi e Prestiti, *Banda larga e Reti di Nuova Generazione*, agosto 2012, 77, su <http://www.cdp.it/static/upload/ban/banda-larga-e-reti-di-nuova-generazione.pdf>.

⁵⁹ F. Caio, *Portare l'Italia verso la leadership europea nella banda larga. Considerazioni sulle opzioni di politica industriale*, 12 marzo 2009, 14, su <http://www.comune.tocodacasauria.pe.it/FILES/italia-caio-broadband-report-2009.pdf>.

⁶⁰ *Ibidem*, 45.

avrebbe potuto ricorrere, fra l'altro, ad accordi di programma con le Regioni interessate.

Nello stesso periodo iniziò a circolare l'annuncio di un piano, del quale, peraltro, non si rintracciano vestigia documentali⁶¹, finalizzato a dotare, entro il 2012, il 95,6% della cittadinanza di una connessione fino a 20 Mbps e il restante 4,4% di un collegamento a 2 Mbps. Era il c.d. Piano Romani, dal nome del Sottosegretario suo promotore, che contemplava un investimento economico complessivo di 1,471 miliardi di euro, di cui 800 milioni (esattamente la cifra indicata nella legge 69/2009) provenienti da fondi statali e il residuo da operatori privati e da fondi comunitari e regionali⁶². Sennonché, l'erogazione di questo importo non fu mai autorizzata dal CIPE e, a novembre 2009, il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, Gianni Letta, dichiarò «congelato» l'intero stanziamento, antepoendo al progresso tecnologico il perseguimento di altri obiettivi: nell'emergenza della crisi – proclamò Letta – il Governo aveva fissato «altre priorità»⁶³. Un osservatore malizioso, a fronte di una simile chiusura, potrebbe insinuare il dubbio che essa fosse in qualche modo collegata alle ripercussioni negative generate dalla banda ultralarga alle imprese televisive, i cui interessi, in quel momento, trovavano autorevoli rappresentanti in seno al Parlamento e, finanche, al Consiglio dei Ministri. Internet veloce – è inconfindibile – erode progressivamente la platea dei telespettatori, che dispongono con esso di un mezzo altrettanto valido, anzi più fluido e variopinto, per soddisfare i propri bisogni di intrattenimento.

A fine 2009 fu intrapresa comunque la stesura di un progetto più meditato, che sfociò, nel mese di ottobre del 2011, nel *Piano nazionale banda larga*. Prima di giungere al (sommario) esame di questo, tuttavia, va segnalata la firma del *Memorandum of Understanding* (MOU), il 10 novembre 2010, da parte del Ministero dello sviluppo economico e dei sette principali operatori delle telecomunicazioni (*incumbent* e OLO). Con il documento, preso atto del varo dell'Agenda digitale europea, Governo e parti private convennero di instaurare una *partnership* tesa alla realizzazione di «un'infrastruttura passiva, neutrale, aperta, economica e a prova di futuro per lo sviluppo efficiente delle Reti di Nuova Generazione», che consentisse la copertura in fibra ottica del 50% della popolazione italiana⁶⁴. Il MOU, in sostanza, si pro-

⁶¹ Tanto che si è parlato di piano «fantomatico»: v. A. Di Corinto, A. Giglioli, *I nemici della Rete*, Milano, Bur, 2010.

⁶² P.M. Manacorda, *Modelli strategici di intervento locale sul digital divide e sulle ngns*, in P.M. Manacorda, G. De Minico (a cura di), *Regioni, Corecom e banda ultralarga*, cit., 120.

⁶³ Le parole del Sottosegretario Letta sono riportate, *ex pluribus*, da E. Segantini, *L'Italia che aspetta la banda larga*, in *Corrieredellaserà.it*.

⁶⁴ La citazione, tratta dal *Memorandum of Understanding*, viene richiamata anche da V.

il lento incedere di internet veloce

poneva di istituire una società veicolo (*Netco* o “società della fibra”) per la «gestione coordinata e unitaria degli investimenti» da destinare alla costruzione della suddetta infrastruttura. Il grave *deficit* di questo accordo, pur illuminato nei contenuti, risiedeva nella sua incoercibilità: libere le parti private di disattenderlo, la sua concreta attuazione – immancabilmente – sfumò.

Quanto al menzionato *Piano nazionale banda larga*⁶⁵, l'intento era conferire una connessione tra i 2 e i 20 Mbps ai cittadini tutti e porre le basi per la successiva installazione di reti NGA. Lo Stato provvide alla classificazione del territorio in aree bianche, nere e grigie, come indicato negli «Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga»⁶⁶, e stabilì tre tipologie di intervento. In base alla prima, si sarebbero sviluppate infrastrutture di *backhaul* di proprietà pubblica nelle aree bianche, infrastrutture poi messe a disposizione dei fornitori di servizi a banda larga a condizioni di mercato; la seconda modalità avrebbe finanziato direttamente i progetti di investimento degli operatori nello sviluppo della rete di accesso, nelle aree bianche e grigie; la terza soluzione si sarebbe indirizzata agli utenti finali residenti nelle zone più remote, ove la realizzazione di un'infrastruttura terrestre non pareva sostenibile, prevedendo il versamento, a questi, di un contributo finanziario per la selezione dell'offerta più conveniente. Con riferimento particolare alla prima misura, poiché la rete di *backhaul* immaginata aveva carattere necessariamente aperto, per la sua costruzione sarebbero state indette gare di appalto ad evidenza pubblica, con l'attenta regia della società Infratel, già affidataria – si è visto – dell'attuazione del *Programma per lo sviluppo della banda larga nel Mezzogiorno*.

Al *Piano nazionale banda larga* fece seguito, sulla scorta dell'art. 30 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, il *Progetto strategico banda ultralarga* (o *Progetto strategico Agenda digitale italiana*)⁶⁷, che si prefiggeva di portare almeno 30 Mbps in tutto il Paese e almeno 100 Mbps al 50% della popolazione, grazie a tecnologie FTTH. Anche in questo caso, tre erano i modelli di intervento preventivati. Il primo era volto alla realizzazione, con fondi integralmente pubblici, delle infrastrutture passive, quali la posa dei cavidotti multioperatori e della fibra

Amenta, *Politiche di sviluppo della banda larga negli Stati Uniti, in Europa e in Italia*, in *Informatica e diritto*, 2, 2013, 69.

⁶⁵ Consultabile su <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/documenti/adi/TESTO-INTEGRALE-PIANO-NAZIONALE-BANDA-LARGA.pdf>.

⁶⁶ Comunicazione 2009/C 235/04 dalla Commissione europea, v. *supra*, par. 2.2.

⁶⁷ Datato 15 dicembre 2011 e reperibile sul sito <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/documenti/PROGETTO-STRATEGICO-15-12-2011.pdf>.

spenta, e si componeva di una fase di selezione dell'impresa cui assegnare l'effettiva costruzione e di una fase di selezione del concessionario cui affidare lo sfruttamento commerciale della fibra; il secondo presupponeva un accordo di partenariato pubblico-privato, sulla base del quale la *partnership* avrebbe realizzato e gestito la nuova infrastruttura, destinata a rimanere di sua proprietà; il terzo prevedeva l'erogazione di un contributo statale ad un operatore commerciale selezionato con gara, operatore che sarebbe divenuto proprietario delle infrastrutture finanziate.

Entrambi i piani hanno ricevuto l'avallo della Commissione europea, che ha ritenuto compatibili con l'art. 107, paragrafo 3, lett. c) del TFUE gli aiuti statali in essi annunciati⁶⁸.

4.3. Il biennio 2014-2015

Percorrendo in velocità i due anni successivi, per marcare dell'ultimo periodo solo i fatti più salienti, non si può certo passare sotto silenzio l'assegnazione a Francesco Caio, nominato frattanto Commissario governativo per l'attuazione dell'Agenda digitale italiana, di una nuova missione di studio. Nello specifico, a novembre 2013, il Presidente del Consiglio dei Ministri subentrato a Mario Monti, Enrico Letta, incaricò il Commissario di analizzare i piani di investimento dei gestori italiani di comunicazioni, per verificare se essi consentissero effettivamente all'Italia di soddisfare gli obiettivi di penetrazione della banda ultralarga stabiliti dall'Unione europea nel contesto dell'Agenda digitale.

Il secondo Rapporto Caio, redatto in realtà con il contributo di altri due esperti del settore, Gerard Pogorel e J. Scott Marcus, e ultimato il 30 gennaio 2014, professava un «cauto ottimismo», derivante dalla constatazione che i *business plans* delle aziende avevano acquisito sempre maggior dettaglio e credibilità e dalla previsione secondo cui, entro il 2016/2017, il 50% della popolazione avrebbe disposto di una connessione a 30 Mbps. Al momento dell'analisi, tuttavia, il livello di copertura delle NGN si presentava ancora tra i più bassi d'Europa e, nonostante i miglioramenti registrati, appariva chiaro che i *target* più ambiziosi dell'Agenda digitale non sarebbero stati raggiunti, se non attraverso un impegno solido, determinato e costante

⁶⁸ Precisamente, con il documento C(2012) 3488 del 24 maggio 2012, la Commissione ha giudicato compatibile l'aiuto di Stato n. SA 33807 (2011/N) relativo al *Piano nazionale banda larga*, mentre, con il documento C(2012) 9833 del 18 dicembre 2012, la stessa si è espressa per la compatibilità dell'aiuto di Stato n. SA 34199 (2012/N), relativo al *Progetto strategico banda ultralarga*.

il lento incedere di internet veloce

del Governo. Tra gli *handicap* dei programmi di investimento degli operatori, infatti, spiccava il disinteresse verso le zone rurali e remote del Paese, ove i guadagni, con buona probabilità, non sarebbero nemmeno arrivati a coprire i costi. Il *report* rivolgeva al Governo, quindi, una serie di raccomandazioni, invitandolo in particolare a predisporre un piano nazionale sulla banda ultralarga e a devolvere all'attuazione di questo le opportune risorse, con il supporto dei fondi strutturali europei⁶⁹.

L'appello non è rimasto inascoltato a lungo. Matteo Renzi, succeduto a Enrico Letta nel febbraio 2014 alla guida del Governo, ha fatto della crescita digitale uno dei suoi cavalli di battaglia e, dopo l'adozione del decreto c.d. Sblocca Italia, contenente «Agevolazioni per la realizzazione di reti di comunicazione elettronica a banda ultralarga e norme di semplificazione per le procedure di scavo e di posa aerea dei cavi, nonché per la realizzazione delle reti di comunicazioni elettroniche» (art. 6)⁷⁰, ha avviato la consultazione pubblica sulla bozza di un progetto per la banda ultralarga. La bozza, implementata e corretta alla luce delle osservazioni degli *stakeholders*, è divenuta la *Strategia italiana per la banda ultralarga*, approvata dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo 2015⁷¹.

È questo, ad oggi, l'ultimo documento programmatico del Governo in tema di diffusione delle reti di nuova generazione, che, al fine di recuperare i gravi ritardi accumulati dall'Italia rispetto alla media dei Paesi europei, riprende e arricchisce le iniziative già messe in campo con i piani precedenti⁷² e, soprattutto, fissa uno stanziamento di 6 miliardi di euro di risorse pubbliche (in parte a fondo perduto, in parte a garanzia del debito) da destinare alla causa. La Strategia, nel dettaglio, suddivide il territorio nazionale in quattro *cluster* (A, B, C, D), ove il *cluster* A è quello con il miglior rapporto costi-benefici, nel quale gli operatori privati hanno maggiore interesse ad investire, mentre il *cluster* D raggruppa le aree tipicamente a fallimento di mercato, che necessitano di un intervento pubblico per ricevere un servizio di connettività a più di 30 Mbps. Dopodiché, definisce le modalità di fi-

⁶⁹ F. Caio, J.S. Marcus, G. Pogorel, *Achieving the Objectives of the Digital Agenda for Europe (DAE) in Italy: Prospects and Challenges*, 30 gennaio 2014, su <http://www.governo.it/backoffice/allegati/74621-9208.pdf>.

⁷⁰ D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, che prescrive, inoltre, la «Istituzione del Sistema informativo nazionale federato delle infrastrutture» (art. 6-*bis*) e disciplina l'infrastrutturazione degli edifici con impianti di comunicazione elettronica (art. 6-*ter*).

⁷¹ Consultabile su http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/crescita_digitale/strategia_banda_ultralarga.pdf. La *Strategia italiana per la banda ultralarga* è sinergica alla *Strategia per la crescita digitale*, approvata in pari data.

nanziamento per la copertura di ciascuno di essi, prescrivendo, coerentemente, che i fondi pubblici siano impiegati, ad intensità variabile, solo nei *cluster* B, C e D e che nel *cluster* A le sovvenzioni provengano in via esclusiva dai privati, agevolati, in questo caso, da misure di defiscalizzazione. Per la concreta posa della rete, l'intenzione è riutilizzare infrastrutture già esistenti, sia pubbliche (fognature, illuminazione, gallerie multiservizio) sia private (cavidotti o altro), la cui individuazione diverrà più semplice grazie alla prevista implementazione del Catasto del sotto e sopra suolo.

Infratel, società *in house* – come già precisato – del Ministero dello sviluppo economico, si riconferma soggetto attuatore e viene inserita nel Comitato per la diffusione della banda ultralarga (COBUL), cui prendono parte, altresì, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il MISE, l'Agenzia per l'Italia digitale e l'Agenzia per la coesione; spetta al COBUL monitorare l'uniforme attuazione della Strategia e proporre eventuali correttivi.

Perché il processo si mettesse in moto, tuttavia, si è rivelata essenziale l'emanazione di un ulteriore provvedimento, che concretizzasse le misure nel piano soltanto enunciate. Ecco, allora, che, nella primavera 2015, il Governo ha iniziato a elaborare il canovaccio di un decreto, ribattezzato “decreto Comunicazioni”, ai sensi del quale gli utenti finali che si fossero impegnati ad abbonarsi alla banda ultralarga avrebbero ricevuto un contributo in forma di *voucher*, sarebbe stato riconosciuto un credito d'imposta agli operatori che avessero realizzato interventi infrastrutturali, chi avesse stipulato mutui o contratto obbligazioni di progetto per il finanziamento degli investimenti avrebbe beneficiato di un fondo di garanzia e i gestori di servizi pubblici a rete avrebbero dovuto sopportare una servitù di passaggio per consentire la posa dei cavi in fibra ottica⁷³. Il condizionale passato è d'obbligo, dal momento che il tanto atteso decreto legge non ha mai conosciuto l'approvazione del Consiglio dei Ministri e, all'esito di innumerevoli tentennamenti, è stato una volta per tutte abbandonato⁷⁴.

Il Governo ha dunque cambiato rotta, scegliendo di avvalersi delle competenze del CIPE. Con la delibera n. 65 del 6 agosto 2015, vistata dalla Corte dei Conti il 2 ottobre successivo, il Comitato interministeriale per la programmazione economica ha, infatti, licenziato lo sblocco dei primi 2,2 miliardi di euro, a valere sulle risorse del Fondo sviluppo e coesione (FSC)

⁷² Le tipologie di intervento pubblico sono, ora, quattro: intervento diretto, partnership pubblico-privata, intervento a incentivo, intervento ad aggregazione della domanda.

⁷³ Le informazioni sui contenuti del decreto sono state reperite *online*, dai siti de *Il Sole 24 Ore*, *Il Corriere della Sera* e *La Repubblica*.

⁷⁴ Cfr. A. Longo, *Banda larga in tilt, si blocca il piano da 4,6 miliardi*, in *La Repubblica*, 26 luglio 2015, 20.

2014–2020, per interventi di immediata attivazione. Alle gare, ancora in corso, per il completamento del *Progetto strategico banda ultralarga* del 2011 si affiancheranno, così, quelle per l’attuazione della *Strategia italiana per la banda ultralarga*, che sarà Infratel, pur sempre, a bandire.

5. Dalla parte degli operatori di telecomunicazioni

Esaurita la panoramica delle iniziative statali, resta da rispondere, però, ad un interrogativo sostanziale: come hanno reagito, o come stanno reagendo, le imprese di telecomunicazioni, le vere protagoniste del tavolo da gioco? Bastino, qui, alcuni rapidi cenni.

Innanzitutto, Telecom Italia o meglio, dal 1° maggio 2015, Tim. Gravato da un debito di enormi proporzioni, e perciò impossibilitato a sostituire l’intera rete in rame con la fibra in un’unica soluzione (*total replacement*), l’*incumbent* ha optato per una transizione graduale verso le NGAN (*overlay*), affiancando queste alla rete esistente in dipendenza delle richieste di mercato e della prevista redditività degli investimenti. È stato proprio l’*incumbent*, comunque, ad aggiudicarsi la totalità delle procedure ad evidenza pubblica sinora indette da Infratel per la realizzazione di infrastrutture a banda ultralarga, anche a causa – per vero – dello sforzo economico richiesto per partecipare alle gare, che solo un colosso come Telecom può permettersi di sostenere⁷⁵. Cumulando alle proprie risorse i supporti statali, Tim è già al lavoro per portare la banda ultralarga nelle regioni oggetto dei bandi vinti e ha dichiarato un investimento di 700 milioni di euro per dispiegare la fibra, in tecnologia FTTH, in 40 città italiane e di oltre 3 miliardi di euro per la fibra fino agli armadi in altre 600 città, il tutto entro il 2017⁷⁶.

Ciononostante, l’ex monopolista resta aggrappato alla sua vecchia rete in rame e, anzi, è di maggio 2015 la notizia del patto concluso con Fastweb per testare una tecnologia sperimentale mista, rame e fibra, che permetta comunque agli utenti di connettersi a 100 Mbps. Con questo accordo – è stato detto – Tim avrebbe inferto uno “schiaffo” al Governo, che premeva, invece, per un sodalizio dell’*incumbent* con Metroweb: stringendo alleanza con

⁷⁵ Come rileva polemicamente l’amministratore delegato di un’impresa di dimensioni più modeste, intervistato da A. Longo, *Banda ultralarga, Spada (Ngi): “Rivedere regole su incentivi e bandi”*, 13 maggio 2015, su www.corrierecomunicazioni.it.

⁷⁶ A. Longo, *Gli operatori stanno accelerando sugli investimenti in fibra ottica*, 23 settembre 2015, su www.ilsole24ore.com.

Fastweb, Tim ha voluto dimostrare di possedere i numeri per soddisfare gli impegni assunti senza stravolgere la propria *policy*⁷⁷.

A tal proposito, infatti, va chiarito che cosa sia Metroweb. Si tratta di una società controllata da F2i (53,8%), un fondo partecipato da Cassa depositi e prestiti⁷⁸, e partecipata dal Fondo strategico italiano, a sua volta controllata dal gruppo Cassa depositi e prestiti (80%), che agisce come fornitore neutrale e indipendente di fibra spenta, affittando la propria infrastruttura all'avanguardia agli operatori TLC nazionali⁷⁹. L'auspicio dell'esecutivo era riunire in seno a Metroweb, in quanto società a capitale aperto, i principali operatori di telecomunicazioni, che vi avrebbero fatto confluire investimenti utili alla costruzione di nuovi segmenti di rete e, in cambio, avrebbero potuto beneficiare della rete stessa per offrire all'utenza i rispettivi servizi. In questo modo le imprese private si sarebbero trovate ad operare in comunione di intenti, realizzando un'infrastruttura di proprietà pubblica in grado di corrispondere, al contempo, alle logiche singolari di mercato. Ebbene, mentre Wind e Fastweb hanno raccolto la suggestione, siglando una lettera di intenti con Metroweb⁸⁰, Telecom ha rilanciato e ha comunicato di appoggiare l'opzione solo se, della società, le fosse garantito il controllo assoluto⁸¹.

L'allora presidente di Cassa depositi e prestiti, Franco Bassanini, ha opo-
posto un secco rifiuto: secondo Bassanini, il disegno originario non poteva
essere tradito con la concessione del controllo di Metroweb ad un'unica
azienda privata e, se Telecom avesse confermato i suoi intendimenti, allora
l'Italia avrebbe avuto due reti, una dell'ex monopolista, una della nascente
società della fibra⁸².

⁷⁷ Lo riporta M. Camera, *Telecom sceglie la fibra di Fastweb. Metroweb al palo*, 6 maggio 2015, su www.ilgiornale.it.

⁷⁸ Cassa depositi e prestiti (cdp) è una società per azioni a controllo pubblico: l'azionista di maggioranza, con una quota pari all'80,1% del capitale, è il Ministero dell'economia e delle finanze.

⁷⁹ Metroweb ha iniziato i suoi lavori a Milano, installando fibra ottica in modalità ftht, e ha ampliato il progetto ad ottobre 2011, estendendo il raggio d'azione ad altre grandi città della Penisola (Metroweb Italia).

⁸⁰ La lettera di intenti, firmata il 29 maggio 2015, è stata rinnovata alla scadenza naturale del 31 ottobre per altri due mesi, sino ad arrivare, dunque, alla fine del 2015.

⁸¹ «L'ex monopolista aveva infatti proposto al fondo infrastrutturale di F2i – che controlla Metroweb come socio di maggioranza, assieme alla Cassa Depositi Prestiti – di prendere il controllo della società in due tappe. Prima salendo al 40 per cento (più il 10 per cento senza diritto di voto) e successivamente – dopo un periodo di 4-5 anni – arrivare al 100 per cento»: così G. Balestreri, L. Pagni, *Il patto tra Telecom Italia e Fastweb per la banda ultralarga: addio Metroweb*, 5 maggio 2015, su www.repubblica.it.

⁸² F.Q., *Banda larga, Bassanini: "Investimenti di Telecom? Bastano per qualche quartiere"*, 2

il lento incedere di internet veloce

Rivoluzionati a luglio 2015 i vertici di CDP, dove ora siede Claudio Costamagna in veste di presidente, circola però nelle ultime settimane la voce insistente di un “passo indietro” di Metroweb, che pare intenzionata a riprendere le trattative con Telecom, la quale ultima, per parte sua, ha riconfermato la condizione che più le sta a cuore: ad essa dovrà essere ceduto almeno il 60% della *joint venture*⁸³. Se le indiscrezioni si dimostrassero fondate, non vi è chi non veda materializzarsi lo spettro di un nuovo monopolio, a beneficio di chi, già una volta, ha sperimentato il privilegio dell'esclusiva.

Da rimarcare, infine, il ruolo di Enel. La s.p.a. guidata da Francesco Starace ha in effetti predisposto un piano per la posa della fibra fino alle case che sfrutta i cavidotti esistenti per l'illuminazione, accompagnato dall'impegno di mettere le nuove reti alla completa disposizione degli operatori TLC e di non ingerirsi in alcun modo nei servizi di connettività, con evidenti ricadute positive sulla concorrenza nel settore.

6. Conclusioni

Risulta assai complicato, alla luce del quadro delineato sin qui, formulare delle riflessioni di sintesi. Un punto sicuramente non controverso concerne lo stato dell'arte delle reti di nuova generazione in Italia, alla cui definizione concorre l'Osservatorio trimestrale di Agcom, pubblicato, da ultimo, il 16 ottobre 2015. In base ad esso, le linee NGAN hanno superato, a fine giugno, 1 milione di unità e la crescita, nel primo semestre dell'anno, è risultata pari a 296.000 unità, superiore a quella registrata nella seconda parte del 2014 (+ 238.000), dando prova di un *trend* positivo⁸⁴. Se, però, si considera che le NGAN costituiscono il 5% delle linee attive di rete fissa e che, al 31 marzo 2015, ben il 71,3% delle unità abitative non era provvisto di collegamenti a banda ultralarga⁸⁵, diventa palese che la strada da percorrere è ancora lunga.

aprile 2015, su www.ilfattoquotidiano.it. Per approfondire la tesi sposata dell'ex presidente di Cassa depositi e prestiti, si veda F. Bassinini, *L'ammodernamento della rete di comunicazione elettronica e lo sviluppo della banda larga al servizio dell'informatizzazione della P.A.*, Relazione svolta al Convegno Prin – Astrid su *La rete di comunicazione elettronica tra pubbliche amministrazioni e i procedimenti amministrativi in rete*, tenutosi a Roma il 23 ottobre 2009.

⁸³ A. Olivieri, *Telecom: subito il controllo di Metroweb*, 20 ottobre 2015, su www.ilssole24ore.com.

⁸⁴ Agcom, *Osservatorio sulle comunicazioni*, n. 3/2015, consultabile su <http://www.agcom.it/documents/10179/3021709/Studio-Ricerca+16-10-2015/c6c0bfd0-815f-4a11-a40f-fd5064312b98?version=1.0>.

⁸⁵ Infratel Italia, *Risultati della consultazione pubblica banda ultralarga 2015*, pubblicati il

Questa strada – come si è avuto modo di verificare, seppur con una rassegna inevitabilmente lacunosa – è disseminata di ostacoli di diverso genere, a partire da una regolazione intricata e su più livelli, per arrivare alle strategie di mercato degli operatori di telecomunicazioni, rispondenti a logiche lontane dal bene comune, passando per la congiuntura finanziaria con cui i bilanci pubblici sono costretti a fare i conti. Senza dimenticare, tra i fattori di intralcio, i forti interessi economico-politici che potrebbero aver ispirato l'azione di chi, per lungo tempo, è stato a capo del Governo nazionale e, contestualmente, alla guida della più agguerrita tra le aziende rivali dell'emittente televisiva di servizio pubblico. Come il caso Netflix ora sta rendendo palese, in effetti, il mercato della radiotelevisione è contiguo a quello in cui si muovono gli operatori del *web* e, nella fattispecie, della banda ultralarga, tanto da rischiare di dissolversi in esso: etere e satellite non sono più le sole tecnologie a consentire il godimento di *fiction*, film e documentari in anteprima, che ora possono fruirsi via Internet con il supporto di *computer*, *smartphone*, *tablet*, *smart TV* e persino *consolle* per videogiochi. Stante il volume di dati da veicolare, dunque, più larga è la banda, migliore risulta la qualità del servizio offerto. È agevole, da qui, immaginare lo scarso entusiasmo nella promozione della fibra da parte di una classe politica portatrice (o, comunque, portavoce) degli interessi delle imprese televisive, che proprio dalla fibra vengono minacciate.

In linea generale, però, non si può dire che il Paese sia rimasto inerte. Certo, avrebbe potuto intraprendere altre vie⁸⁶, avrebbe potuto difendere con maggior decisione talune iniziative, anche pregevoli, come quella su cui poggiava il *Memorandum of Understanding* del 2010, avrebbe potuto, ancora, assegnare un incarico di primo piano a Cassa depositi e prestiti, che per statuto si occupa di finanziare le infrastrutture e i servizi pubblici⁸⁷. E, invece, ha scelto formule flessibili di collaborazione pubblico-privato, lasciando alle parti la libertà di aderirvi o meno, e a CDP ha conferito un ruolo tutto sommato marginale, neppure da comprimario, consegnandole una sola briglia

19 ottobre 2015 sul sito della società. Non a caso, secondo lo *Scoreboard report* dell'Agenda digitale europea per il 2015, l'Italia si classifica ventisettesima sui 28 Stati appartenenti all'Unione europea per percentuale di copertura delle reti NGA, appena prima della Grecia, ultima in graduatoria (<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/download-scoreboard-reports>).

⁸⁶ Su tutti, avrebbe potuto seguire l'esempio del Regno Unito e delegare a Telecom l'ammodernamento dell'infrastruttura, decretando poi lo scorporo tra proprietà e gestione della rete. In tema, C. Cambini, A. Giannaccari, *Il matrimonio Telecom-Telefonica, tra reti alternative e scenari di separazione*, in *MCR*, 2, 2007, 277 ss.

⁸⁷ Pertinente, sul punto, il contributo di M. Macchia, *La Cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti di nuova generazione*, cit., 93 ss.

il lento incedere di internet veloce

della società Metroweb, la quale, peraltro, in ragione della sua natura di s.p.a., rifugge ogni intervento nelle aree a fallimento di mercato⁸⁸.

Considerati gli ingredienti a disposizione, però, la ricetta “giusta” forse nemmeno esiste. In disparte ciò che poteva essere e non è stato, questo è il momento, semmai, di concentrarsi sul traguardo finale: se le promesse formalizzate nella Strategia 2015 si tradurranno in fatti concreti, l’Italia potrà vantarsi di aver vinto, nonostante lo svantaggio originario, anche la partita “banda ultralarga”.

Abstract

Ultrafast broadband network infrastructures, the so-called Next Generation Access Networks (NGAN), enable a speed of connection much higher than the one made possible by DSL technologies and hence are looked upon as excellent tools to drive economic growth and social progress. Considering that, the essay reviews EU initiatives aimed towards their promotion and examines more specifically the Italian regulator’s choices and the telecom operators’ reactions, with a particular focus on the factors which prevent from increasing the band’s width and the optic fiber’s spread. This paper, therefore, illustrates how and in which ways the New Generation Networks’ development has been encouraged, in order to define the current state of art and to describe the possible future scenarios.

⁸⁸ Più specificamente, N. Matteucci, *L’investimento nelle reti NGA a larga banda: la “questione settentrionale”*, in *Economia e Politica Industriale*, 4, 2014, 154, asserisce: «Spiace davvero constatare come oggi, al di là della sua partecipazione di minoranza in Metroweb, la Cassa pare difficilmente coinvolgibile in un settore davvero cruciale come le NGAN. Anche qui, da un lato il principale motivo “ufficiale” è che il suo *management* troverebbe ostacoli a intervenire in un settore piagato da fallimenti di mercato, data la sua *mission* di S.p.A. vincolata alla redditività; d’altro canto, però, alla luce del suo avvenuto coinvolgimento in altri settori meno strategici e non meno rischiosi, si potrebbe pure ipotizzare che l’ostacolo dirimente in fin dei conti sia quello dell’assenza della politica, garante di ultima istanza, che per le NGAN tarda a manifestarsi».

NOTE A SENTENZA

CONSIGLIO DI STATO, sez. III, sentenza 22 luglio 2015, n. 3636 – Pres. Cirillo – Est. Polito.

Le cautele antimafia non obbediscono a finalità di accertamento di responsabilità. Esse possono muovere da un insieme di elementi e circostanze che, pur non dovendo necessariamente essere sostenute da rilevanze probatorie tipiche del diritto penale e del diritto processuale in genere, siano tali da formare un mosaico di condotte, intrecci, interferenze e contiguità che incidano sull'affidabilità dell'impresa che debba intrattenere rapporti economici con lo Stato o altri organismi di diritto pubblico.

L'innalzamento della soglia di anticipata tutela delle condizioni di sicurezza e ordine pubblico non esime, tuttavia, da una prudente, esatta ed esaustiva acquisizione e valutazione dei presupposti del provvedere, considerata anche l'incidenza della misura interdittiva sulla sfera di libertà e di iniziativa economica del destinatario. Le conclusioni cui pervenga l'Autorità di pubblica sicurezza non si sottraggono al controllo esterno di legittimità, nei limiti del vizio di eccesso di potere nei profili dell'adeguatezza e della sufficienza dell'istruttoria, del corretto apprezzamento dei presupposti del provvedere, della ragionevolezza delle statuizioni adottate e della proporzionalità della scelta provvedimentoale al fine di interesse pubblico perseguito.

SALVATORE SORRENTINO

L'INFORMATIVA ANTIMAFIA E LA RILEVANZA DEL CONTESTO AMBIENTALE

SOMMARIO: 1. La fattispecie concreta esaminata. – 2. La documentazione antimafia nell'evoluzione normativa: misure di prevenzione delle infiltrazioni mafiose nell'accesso alle risorse pubbliche. – 3. Il sistema delle informative antimafia ed il tentativo di infiltrazione mafiosa. – 4. Confronto tra l'informazione antimafia e l'istituto delle c.d. *white list*: le cautele antimafia nei settori sensibili. – 5. Il sindacato del giudice amministrativo: equilibrio tra tutela della libertà di iniziativa economica e tutela della pubblica sicurezza. – 6. La sentenza in esame: congruità dell'istruttoria e rilevanza del contesto ambientale.

1. La fattispecie concreta esaminata

A seguito di accertamenti, in ordine al rischio di infiltrazioni mafiose, svolti dalla Prefettura di Reggio Emilia, la società Flli Iembo s.r.l., dapprima, si vedeva rigettare la domanda di iscrizione nella lista provinciale delle imprese meritevoli di contrarre con la pubblica amministrazione (c.d. *white list*), di cui all'art. 5-*bis*, d.l. 74/2012, conv. in l. n. 122/2012¹, e, successivamente, era destinataria di un'informativa interdittiva, di cui all'art. 84 d.lgs. n. 159/2011, emessa su richiesta della società Iren Emilia s.p.a., gestore delle reti idriche e del gas metano nella provincia.

La Iren Emilia s.p.a., pertanto, dichiarava la risoluzione dell'accordo in corso con la Flli Iembo srl, avente ad oggetto lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria ad impianti industriali ed edifici aziendali. A distanza di pochi giorni anche il Comune di Reggiolo adottava analoga risoluzione con riferimento ad un contratto di cottimo fiduciario.

La società appaltatrice impugnava i suddetti provvedimenti con un unico ricorso innanzi al Tar Emilia-Romagna sezione distaccata di Parma.

Il giudice parmense rilevava, in via preliminare ed, a suo dire, pregiudiziale, la tardività dell'impugnazione del diniego di iscrizione nella *white list* per avvenuta decorrenza del termine decadenziale e, da tale rilievo, faceva conseguire l'inammissibilità, per carenza di interesse, di tutte le doglianze mosse avverso l'interdittiva antimafia e le determinazioni risolutive adottate dalla Iren Emilia spa e dal Comune di Reggiolo, evidenziando per quest'ultime, tra l'altro, che si trattava di provvedimenti consequenziali a contenuto vincolato per espressa previsione di legge e comunque emessi in applicazione di clausole risolutive espresse presenti nei rispettivi contratti².

In sostanza, il giudice di prime cure riteneva che, essendosi ormai cristallizzato nel mondo giuridico il non inserimento nella *white list* provinciale delle imprese meritevoli, la ricorrente non poteva trarre alcuna utilità dall'eventuale accoglimento delle censure avverso l'informativa antimafia.

Inoltre, in presenza di tale provvedimento³, la stazione appaltante incontrava un vincolo assoluto ostativo all'intrapresa o al mantenimento di rapporti contrattuali.

¹ Si tratta degli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori che possono contrarre con la pubblica amministrazione per l'esecuzione degli interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici che hanno interessato il territorio di talune province dell'Emilia-Romagna il 20 e 29 maggio 2012.

² Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 12 giugno 2014, n. 202, in www.giustizia-amministrativa.it.

³ Si v. art. 84, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice Antimafia).

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

Da qui l'inevitabilità delle determinazioni di risoluzione contrattuale, adottate dalla Iren Emilia spa e dal Comune di Reggio.

La sentenza veniva impugnata dalla società Flli Iembo s.r.l. dinanzi al Consiglio di Stato. La ricorrente, in particolare, contestava la pronuncia del Tar laddove dichiarava l'inammissibilità delle censure mosse contro l'interdittiva antimafia per effetto della tardiva impugnazione del diniego di inclusione nella *white list*.

Con la sentenza in commento⁴, il Consiglio di Stato ha completamente capovolto le decisioni assunte dal giudice di primo grado, annullando il provvedimento di informativa antimafia e gli atti di risoluzione dei rapporti contrattuali.

Il Consiglio di Stato se, da una parte, ha dato atto della condizione di inoppugnabilità del diniego di iscrizione nella *white list*, dall'altra, ha rilevato che siamo dinanzi a una condizione non determinante l'inammissibilità del ricorso avverso l'interdittiva antimafia, trattandosi di provvedimenti aventi oggetti diversi e non in rapporto di presupposizione.

L'iscrizione nella lista dei fornitori, prestatori ed esecutori di lavori, prevista dall'art. 5-bis, d.l. n. 74/2012, ha, infatti, una valenza territoriale limitata agli interventi di ricostruzione connessi agli eventi sismici che hanno interessato la Regione Emilia-Romagna, mentre la successiva interdittiva, assunta ai sensi dell'art. 84, d.lgs. n. 159/2011, ha effetti su tutto il territorio nazionale e preclude per la società l'assunzione della qualità di parte in rapporti con lo Stato o altri organismi di diritto pubblico, che comportino il trasferimento di risorse economiche per l'esecuzione di lavori, forniture e servizi.

In sostanza, l'acquiescenza al provvedimento, con effetti limitati a livello regionale, non pregiudica l'interesse a rimuovere l'atto radicalmente espulsivo dell'impresa dal mercato dei contraenti con la pubblica amministrazione.

Chiarita la questione preliminare e superate facilmente talune eccezioni in rito, il giudice di appello ha esaminato la fondatezza delle doglianze dell'appaltatrice con una pronuncia, che si evidenzia per la chiarezza con la quale delinea le finalità ed il contenuto dell'informazione antimafia, nonché l'ambito riservato al sindacato del giudice amministrativo.

In particolare, si tiene a precisare che l'informazione antimafia non obbedisce a finalità di accertamento di responsabilità e non deve necessariamente essere sostenuta da rilevanze probatorie tipiche del diritto penale e del diritto processuale in genere.

⁴ Cons. St., sez. III, 22 luglio 2015 n. 3636, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'innalzamento della soglia di tutela preventiva, tuttavia, impone accuratezza e esaustività nella motivazione del provvedimento interdittivo, che va ad incidere sensibilmente sulla sfera di libertà di iniziativa economica degli imprenditori. L'informativa antimafia, pertanto, non si sottrae al controllo di legittimità, nei limiti del vizio di eccesso di potere nei profili dell'adeguatezza e della sufficienza dell'istruttoria, del corretto apprezzamento dei presupposti del provvedere, della ragionevolezza delle situazioni adottate e della proporzionalità della scelta provvedimento al fine di interesse pubblico perseguito.

La pronuncia, inoltre, come meglio si spiegherà in prosieguo, ha l'indubbio pregio di fornire una diversa prospettiva che tiene in debito conto il fattore del contesto ambientale in cui l'imprenditore esercita la propria attività di impresa.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha rilevato il carattere isolato e non collegato all'attualità dei riscontri dell'informazione, che, peraltro, risultavano connessi a situazioni e contesti ambientali, che, di per sé, favoriscono l'esposizione degli operatori economici a contatti da parte di cosche operanti sul territorio.

Da qui l'illegittimità dell'informativa antimafia per vizio di eccesso di potere nei profili della non congruità e sufficienza dei presupposti presi in considerazione e, in via derivata, l'invalidità degli atti di risoluzione dei rapporti contrattuali adottati dal Comune di Reggiolo e dalla società Iren Emilia spa.

2. La documentazione antimafia nell'evoluzione normativa: misure di prevenzione delle infiltrazioni mafiose nell'accesso alle risorse pubbliche

La lotta alla criminalità organizzata impone alla pubblica amministrazione una attenta selezione dei soggetti con i quali stabilire rapporti contrattuali.

L'esigenza, come è ovvio, è quella di evitare che l'erogazione di risorse pubbliche vada ad alimentare le organizzazioni criminali, a danno della tutela dell'ordine pubblico ed economico.

Con la l. 31 maggio 1965, n. 575, il legislatore introduceva, nell'ordinamento italiano, misure di tutela preventiva contro la criminalità organizzata.

In particolare, si vietava ai soggetti, destinatari di misure di prevenzione, il rilascio di licenze, e concessioni o l'iscrizioni in albi tenuti dalle

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

pubbliche amministrazioni. Nel sistema originario, però, restava in capo alle singole amministrazioni l'obbligo di accertare la sussistenza di questa condizione ostativa con le connesse difficoltà in termini di effettività del divieto.

Al fine di migliorare l'operatività del suddetto divieto, il legislatore, con la l. 13 settembre 1982, n. 646⁵, istituiva una sorta di casellario delle misure di prevenzione, affidando alle Prefetture la competenza ad effettuare le relative verifiche ed a rilasciare apposita certificazione. Quest'ultima doveva essere richiesta obbligatoriamente dalle amministrazioni non solo per il rilascio di provvedimenti autorizzatori e concessori, ma anche per la stipula di contratti di appalto⁶.

Detta normativa, però, non delineava adeguatamente i passaggi procedurali per il rilascio delle certificazioni e non si coordinava con le innovazioni, di matrice europea, intervenute in materia di appalti e servizi pubblici.

Un primo intervento di aggiornamento, con la l. 19 marzo 1990, n. 55, consentiva al concessionario di opera pubblica di sostituirsi alla pubblica amministrazione negli adempimenti riguardanti la richiesta di certificazione antimafia: il privato poteva richiedere direttamente il provvedimento in prefettura oppure, nei casi di urgenza, presentare un'autocertificazione.

Inoltre, venivano individuate, in maniera precipua, le cariche sociali, che dovevano essere interessate dagli accertamenti delle Prefetture, e si prevedeva, altresì, l'estensione di tali preclusioni nei confronti di chiunque convivesse con persona sottoposta alle misure di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione fosse amministratore o determinasse in qualsiasi modo scelte ed indirizzi⁷.

Un ulteriore aggiornamento si aveva con la l. 17 gennaio 1994, n. 94, e il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490. Questa riforma rifletteva la consapevolezza che la certificazione antimafia si era andata via via trasformando ed aveva assunto un ruolo molto più importante, tanto che in alcune circolari, diramate dal Ministero dell'Interno, si cominciava a parlare più propriamente di "cautele antimafia"⁸.

⁵ La c.d. legge Rognoni-La Torre, varata all'indomani dell'efferato assassinio del Generale Dalla Chiesa e di sua moglie Emanuela Setti Carraro.

⁶ In questa prospettiva, F. Grimaldi, *Il Sistema delle certificazioni antimafia nella pubblica amministrazione*, Laurus Robuffo, Roma, 1997, 23 ss.

⁷ Al riguardo, tra i lavori più recenti, L. Sicari, *Normativa antimafia e principio di colpevolezza: quale bilanciamento? La rilevanza dei meri rapporti di parentela con esponenti della criminalità organizzata in materia di interdittiva antimafia*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2014.

⁸ Al riguardo, per un maggior approfondimento, G. Zgagliardich, E. Mengotti, *La nuova certificazione antimafia*, Milano, Giuffrè, 1998, 11.

Punto cardine della riforma del 1994 era l'introduzione del sistema per fasce di valore alle quali corrispondevano diverse tipologie di certificazioni o cautele. Più in dettaglio, veniva prevista:

- una fascia esente dall'obbligo di certificazione (per atti o contratti di importo inferiore a 50 milioni di lire dell'epoca);
- una fascia intermedia per la quale era richiesto il rilascio della comunicazione antimafia, provvedimento consistente nell'attestazione della sussistenza delle cause ostative di cui all'art. 10, l. n. 575/1965, nonché delle condanne di cui all'art. 51, c. 3-bis, c.p.p.;
- una fascia superiore per la quale era richiesto il rilascio dell'informazione. Con tale provvedimento, del tutto innovativo rispetto al passato, il prefetto era chiamato non solo ad attestare l'eventuale sussistenza delle situazioni ostative per così dire "tabellari", oggetto delle comunicazioni, ma anche ad accertare l'eventuale esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Quest'ultimo profilo andava accertato attraverso un apprezzamento discrezionale della posizione dei soggetti esaminati⁹.

In tal modo, venivano sensibilmente ampliate le ipotesi di situazioni interdittive, che così comprendevano una casistica non suscettibile di essere sussunta sotto categorie predefinite¹⁰.

Nell'ambito di un più ampio movimento di semplificazione dei procedimenti amministrativi, aperto dalle due leggi "Bassanini", ossia la l. 15 marzo 1997, n. 59, e la l. 15 maggio 1997, n. 127, si procedeva ad una rivisitazione della disciplina delle cautele antimafia.

In particolare, con il d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella l. 25 maggio 1997, n. 137, veniva previsto un collegamento telematico tra le Prefetture e le Camere di Commercio per il rilascio delle comunicazioni, mentre con il regolamento di semplificazione, di cui al d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, venivano introdotte ulteriori semplificazioni sul piano procedurale e veniva prevista, altresì, l'individuazione di taluni elementi tassativi dai quali desumere l'esistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa.

Si trattava di modifiche tese ad incrementare la semplificazione amministrativa mediante collegamenti telematici tra le Prefetture, le Camere di Commercio e le amministrazioni interessate, al fine di ottenere un celere scambio di dati.

L'intenzione del legislatore era quella di garantire un procedimento

⁹ Tra gli studi monografici, A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, *Codice Antimafia*, in *LegalePenale*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli Editore, 2013, 153 ss.

¹⁰ Per una più ampia ricostruzione dell'evoluzione normativa delle certificazioni antimafia, si veda S. Ruscica, *Le informazioni prefettizie: natura e criticità*, 2009, in www.altalex.com.

più efficiente per la consultazione e il rilascio delle autorizzazioni a contrarre, mediante un sistema di acquisizione della documentazione più snello, che consentisse una trasmissione dei dati in linea con la contemporanea diffusione dei mezzi telematici¹¹.

Con il succedersi delle descritte riforme, la frammentaria disciplina finiva con il prevedere due categorie di documentazione antimafia¹², da inoltrare alla pubblica amministrazione in caso di rilascio di provvedimenti o stipula di contratti: da una parte la c.d. “*comunicazione antimafia*”¹³, qualora il valore del contratto non superasse i 300 milioni di lire, e, dall'altra, “*l'informazione antimafia*” prevista nel caso in cui il contratto pubblico superasse determinati valori¹⁴.

Quest'ultima, in particolare, era finalizzata a rendere informazioni sull'eventuale sussistenza delle cause di divieto, sospensione e decadenza, di cui all'art. 10, l. n. 575/1965, nonché sull'eventuale accertamento da parte della prefettura di tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese interessate.

Entrambi gli strumenti, dunque, miravano all'obiettivo di mantenere un atteggiamento intransigente contro il rischio di condizionamento mafioso, che poteva, in ultima analisi, tradursi in un uso distorto delle risorse pubbliche.

Infine, il legislatore, con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, rubricato

¹¹ Su questo aspetto, in particolare, L. Sicari, *Normativa antimafia e principio di colpevolezza: quale bilanciamento? La rilevanza dei meri rapporti di parentela con esponenti della criminalità organizzata in materia di interdittiva antimafia*, cit.

¹² Più precisamente, per documentazione antimafia si intendono i provvedimenti amministrativi attraverso i quali viene fatto conoscere preliminarmente alla pubblica amministrazione l'esistenza o meno di divieti, impedimenti e situazioni indici di “mafiosità” a carico dei soggetti che si pongono in relazione con essa. Per tale definizione si veda U. Cimmino, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Palermo, Quattrosoli, 1995, 27.

¹³ In particolare, l'art. 3 del d.P.R. 252/1998 prevede che la comunicazione antimafia venga rilasciata da parte della prefettura, su richiesta dei soggetti interessati, solo qualora i collegamenti telematici tra le amministrazioni coinvolte e la prefettura non siano operanti ovvero qualora il certificato rilasciato dalla camera di commercio sia privo della dicitura antimafia.

¹⁴ Al riguardo, si v. l'art. 10, d.P.R. n. 252/1998, che prevede l'obbligo di acquisire l'informazione se il contratto pubblico ha un valore: «a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati; b) superiore a 300 milioni di lire per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali; c) superiore a 300 milioni di lire per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni o cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche».

“Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia”, è nuovamente intervenuto, unificando la frammentaria disciplina in materia di misure di prevenzione antimafia, sì da fornire uno strumento normativo indubbiamente più agevole.

Alcune previsioni codicistiche segnano certamente un progresso: su tutte, l’istituzione della banca dati antimafia e l’obbligo per l’ente locale, sciolto per infiltrazioni mafiose ai sensi dell’art. 143, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, di acquisizione della informazione prefettizia indipendentemente dal valore economico del contratto sottoscritto nei cinque anni successivi allo scioglimento.

La parte del Codice delle leggi antimafia relativa alla documentazione in parola è entrata in vigore il 13 febbraio 2013¹⁵.

Con l’espressione “documentazione antimafia” si fa riferimento a quello strumento amministrativo – declinato nella duplice tipologia della comunicazione e dell’informazione – volto a prevenire l’ingerenza della criminalità organizzata nel settore della contrattazione pubblica¹⁶.

L’attuale sistema della documentazione antimafia, pertanto, rappresenta una forma di avanzata tutela, apprestata dallo Stato, per contrastare la penetrazione della mafia nell’economia legale¹⁷, che si concretizza nell’estromissione di un’impresa dal mercato degli appalti e dei finanziamenti pubblici, in presenza non tanto di un effettivo condizionamento da parte della criminalità (fenomeno della c.d. “impresa mafiosa”), ma addirittura di un “tentativo di infiltrazione” e, quindi, del pericolo che possa favorire, anche solo per via indiretta, la mafia¹⁸.

¹⁵ Invero, la normativa originariamente prevedeva l’entrata in vigore due anni dopo l’adozione dell’ultimo dei regolamenti destinati a regolare la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, ma il primo decreto legislativo integrativo e correttivo del codice antimafia (d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218) ha anticipato l’operatività della disciplina, stabilendo la sua entrata in vigore decorsi due mesi dalla data di pubblicazione dello stesso (13 dicembre 2012).

¹⁶ Per un maggior approfondimento sulla c.d. “documentazione antimafia” – definizione coniata dal Codice Antimafia – si segnalano: M. E. Malagnino (a cura di), *Il Codice Antimafia. Commento al D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, Torino, Giappichelli, 2011; A. Balsamo, C. Maltese, *Il Codice Antimafia*, Officina del Diritto, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁷ Tra i lavori più recenti, G. D’Angelo, *La documentazione antimafia nel D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159: profili critici*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2013.

¹⁸ Su questi aspetti, Cons. St., sez. III, 19 gennaio 2012, n. 254, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

3. Il sistema delle informative antimafia ed il tentativo di infiltrazione mafiosa

Nell'ambito della documentazione antimafia, merita particolare approfondimento l'informazione antimafia, che, rispetto alla semplice comunicazione, comporta l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa e, per tale motivo, costituisce lo strumento di massima anticipazione di tutela preventiva contro il crimine organizzato.

Del resto, anche nella sentenza in commento, l'argomentare logico-giuridico del Consiglio di Stato mira a chiarire l'effettiva portata e le finalità dell'informativa antimafia adottata dalla Prefettura di Reggio Emilia, proprio a riprova della centralità della esatta definizione di questo strumento di lotta alla criminalità.

La *ratio* di tale strumento consiste nella difesa delle istituzioni e, conseguentemente, della collettività da organizzazioni criminali, come la mafia, che si caratterizzano per il peculiare "mimetismo" che consente loro di agire per lo più, non militarmente contro le istituzioni democratiche, ma sforzandosi di condizionarne l'operato, piegandolo ai propri interessi ed aumentando così per tale tramite la propria capacità eversiva e di controllo del territorio¹⁹.

Precedentemente all'entrata in vigore del Codice delle leggi antimafia, la giurisprudenza amministrativa aveva individuato tre tipi di informative prefettizie²⁰: 1) quelle ricognitive di cause di per sé interdittive di cui all'art. 4, c. 4, d.lgs. n. 490/1994, poi lett. a) e b) dell'art. 10, c. 7, d.P.R. n. 252/1998; 2) quelle relative ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e la cui efficacia interdittiva discendeva da una valutazione del prefetto di cui alla lett. c) dell'art. 10, c. 7, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252; 3) quelle supplementari o atipiche la cui efficacia interdittiva scaturiva da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa, di cui all'art. 1-*septies*, d.l. 6 settembre 1982, n. 629, introdotto dall'art. 2, l. 15 novembre 1988, n. 486²¹.

¹⁹ In questo senso, ancora Tar, Sicilia, Catania, sez. IV, 22 maggio 2009 n. 941, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Per un'ulteriore approfondimento, Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2010, n. 2441; sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2078; sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 7777, tutte in *Foro it.*, 2011, III, 205, con nota di G. Famiglietti; Cons. St., sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5780, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un'ampia disamina della giurisprudenza amministrativa prima del codice antimafia: R. Papania, *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 321 ss.

²¹ Per una più approfondita analisi sulla distinzione tra informazione atipica e informa-

La prima categoria comprendeva informazioni che avevano natura ricognitiva di provvedimenti giudiziari di applicazioni di misure cautelari o di sottoposizione a giudizio oppure di adozione di sentenze di condanna per alcuni reati (ad esempio, reato di estorsione, riciclaggio ecc. ...) o di applicazione di misure interdittive. In sostanza, il prefetto si limitava a dare notizia della presenza di provvedimenti giudiziari a carico dell'impresa alla stazione appaltante richiedente.

La seconda tipologia di informative aveva ad oggetto accertamenti autonomi del prefetto, scaturenti da indagini degli organi inquirenti, al fine di evincere indizi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le imprese, con le quali la pubblica amministrazione intratteneva rapporti economici.

La terza ed ultima categoria era denominata “*informativa supplementare o atipica*”. Questa si caratterizzava per il fatto che gli indizi acquisiti non erano così gravi, precisi e concordanti da far maturare il convincimento circa la reale sussistenza del “*pericolo di infiltrazione mafiosa*” e, pertanto, restava nella discrezionalità dell'amministrazione richiedente la valutazione per l'eventuale adozione di provvedimenti ostativi all'instaurazione di rapporti con l'impresa scrutinata²².

In sostanza, l'informativa, appartenente alle prime due categorie, era indicata come “*tipica*” e assumeva carattere interdittivo, nel senso che la comunicazione prefettizia determinava automaticamente l'esclusione dell'impresa dalla gara o la revoca del contratto stipulato.

Diversa, invece, era quella, appartenente alla terza categoria, denominata “*atipica*”, la quale si fondava su elementi indiziari non così gravi e concordanti da giustificare un provvedimento interdittivo. Con essa, dunque, la prefettura trasferiva alla stazione appaltante il compito di assumere una decisione in merito all'instaurazione o al mantenimento dei rapporti contrattuali con l'impresa interessata.

Secondo questo modello, infatti, l'informativa atipica non aveva carattere interdittivo²³ e, nell'ambito degli appalti pubblici, rimetteva alla stazione

zione tipica, Circolare del Ministero dell'Interno 8 gennaio 1996 n. 559 e Cons. St., sez. VI, 8 giugno 2009 n. 3491, in *Urb. app.*, 2009, 1088, con nota di G. F. Nicodemo, *Il contenuto minimo dell'informativa antimafia tipica*. Per una rassegna della giurisprudenza sul punto: G. Zamberletti, *I tentativi di infiltrazione mafiosa, le informative tipiche e quelle atipiche o supplementari: il punto della situazione e le prospettive*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 709; B. Frattasi, *Le informative tipiche ed atipiche: che cosa sono? Le risposte della giurisprudenza*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 727.

²² In questa prospettiva, A. Bonafede, G. Tomarchio, *Le informative antimafia*, in *Norma quotidiano d'informazione giuridica*, 2009.

²³ Sul punto, per uno studio più approfondito degli orientamenti giurisprudenziali ri-

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

appaltante la valutazione, secondo canoni di discrezionalità, circa l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del soggetto contraente con l'amministrazione pubblica.

L'amministrazione destinataria dell'informativa atipica non poteva restare indifferente: essa aveva l'obbligo di fornire una motivazione puntuale circa le proprie determinazioni, sia nell'ipotesi in cui propendesse per l'interruzione del rapporto con l'impresa sospetta, sia nel diverso caso in cui optava per l'instaurazione o la prosecuzione dell'operazione economica.

In altri termini, detta tipologia di informazione si fondava sull'accertamento di elementi che, pur indicativi del pericolo di collegamenti tra le imprese e la criminalità mafiosa, non raggiungevano la soglia di gravità prevista per le informative tipiche, sia perché carenti di alcuni requisiti soggettivi o oggettivi pertinenti alle cause di divieto o sospensione, sia perché non integranti appieno il tentativo di infiltrazione, con la conseguenza che la comunicazione all'amministrazione interessata aveva solamente il fine di arricchire la sua conoscenza in ordine ad elementi utili per l'eventuale esercizio del potere discrezionale.

Con l'emanazione del su richiamato Codice, la documentazione antimafia viene suddivisa unicamente nelle due tipologie della "comunicazione antimafia" e dell'"informazione antimafia".

La prima consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di cause di decadenza, di sospensione e di divieto di cui all'art. 67, derivanti dall'adozione di misure di prevenzione, o di sentenze di condanna, anche non definitive ma confermate in grado di appello, per talune tipologie di reati particolarmente gravi, connessi all'attività di criminalità organizzata, di cui all'art. 51, c. 3 *bis*, c.p.p.

La seconda, invece, comprende, oltre all'attestazione della presenza delle suddette cause, anche l'accertamento in ordine alla sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle imprese contraenti con la pubblica amministrazione.

A questo proposito, occorre sottolineare che sia la comunicazione che l'informazione costituiscono provvedimenti amministrativi che conseguono a procedimenti dichiarativi.

Nondimeno, sussistono tra questi due procedimenti delle non trascurabili differenze.

feriti alla distinzione tra informative tipiche e atipiche sul piano degli effetti giuridici: Cons. St., sez. III, 9 agosto 2011, n. 4754; sez. VI, 21 luglio 2011 n. 4444; 21 dicembre 2010, n. 323; 15 dicembre 2010, n. 8928; sez. V, 24 novembre 2010, n. 8224, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Non è revocabile in dubbio che la comunicazione antimafia, tendendo a far conoscere l'esistenza dei divieti e delle altre cause di decadenza o sospensione contemplate all'art. 67, consista in una mera dichiarazione di scienza di fatti preesistenti. Questa, quindi, può continuare ad essere sussunta sotto la categoria delle certificazioni²⁴.

In questo caso, il potere del prefetto è vincolato, limitandosi a testimoniare giudizi ed effetti stabiliti da altri provvedimenti. Tale atto, in quanto finalizzato a dare certezza pubblica a fatti preesistenti, si colloca "a valle" del sistema di contrasto e prevenzione della criminalità organizzata.

Le informazioni antimafia hanno, invece, un contenuto misto: in parte sono certificazioni dell'esistenza delle situazioni di interdizione, oggetto anche delle comunicazioni, e in parte costituiscono accertamento di un'ulteriore condizione: il tentativo di infiltrazione mafiosa.

La verifica di tale condizione non dipende dal semplice riscontro della presenza di determinati fatti, ma piuttosto discende da un esame complesso e ampiamente discrezionale condotto dal prefetto.

Ne consegue che l'informazione assume natura – a differenza della comunicazione – di atto di accertamento risultante da attività di indagine, non meramente vincolata, ma piuttosto espressione di discrezionalità amministrativo-tecnica²⁵.

Dette informazioni, infatti, implicano lo svolgimento di una serie di attività cognitive, che possono qualificarsi come indagini di carattere amministrativo²⁶, che sono il presupposto di un giudizio di infiltrazione mafiosa che prescinde non solo dall'accertamento del fatto penale, ma anche dal semplice avvio del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione.

In tal modo, tale documentazione concretizza la massima anticipazione della soglia di prevenzione della criminalità mafiosa²⁷ e si pone "a monte" anche delle misure di prevenzione propriamente dette, oltre che naturalmente del giudicato penale.

Va ancora precisato che, per l'obbligatorietà dell'una o dell'altra tipo-

²⁴ Per un approfondimento sulla natura della comunicazione antimafia, G. Zgagliardich, E. Mengotti, *La nuova certificazione antimafia*, cit., 41.

²⁵ Per una differenza tra accertamenti, accertamenti e certificazioni, M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, 482-513.

²⁶ Per un approfondimento sulla natura dell'informazione antimafia, M.F. Cortesi, L. Filippi, *Il processo di prevenzione*, in G. Spangher, *Trattato di procedura penale – Modelli differenziati di accertamento*, vol. I, Torino, 2011, 595.

²⁷ In questa prospettiva, Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2006, n. 222, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

logia di documento, vengono confermate, nel nuovo Codice, le soglie di valore già presenti nella precedente disciplina.

Più precisamente, non è richiesta alcuna documentazione per i contratti di importo non superiore a € 150.000,00; mentre la comunicazione antimafia è necessaria per la stipula dei contratti di importo superiore a € 150.000,00 ed inferiore alla soglia comunitaria. L'informazione antimafia resta inflessibile per la sottoscrizione di contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e per l'autorizzazione di subcontratti di importo superiore a € 150.000,00.

Come è facile intuire da quanto su indicato, ai fini della disamina dell'istituto dell'informazione antimafia, diviene essenziale la comprensione del concetto di "tentativo di infiltrazione mafiosa" nelle imprese contraenti con la pubblica amministrazione.

Innanzitutto, va sottolineato che la sussistenza di tale situazione può desumersi da una serie di circostanze, elencate dalla nuova normativa, che peraltro riprende quelle già indicate dalla legislazione previgente, aggiungendone delle nuove.

Restano, quindi, confermate le situazioni indicate nella previgente disciplina: provvedimenti che dispongono una misura cautelare, o il giudizio, oppure rechino una condanna anche non definitiva per reati di estorsione, usura, riciclaggio, associazione di tipo mafioso, sequestro di persona; proposte o provvedimenti di applicazione di misure di prevenzione; accertamenti disposti dal prefetto nell'esercizio del potere di accesso ai cantieri, ovvero di accesso presso le amministrazioni pubbliche e gli istituti finanziari.

Inoltre – come già preannunciato – il Codice amplia l'elenco delle situazioni indiziarie, tra le quali si segnalano per la rilevanza in termini di effettività della tutela le seguenti: i provvedimenti che dispongono una misura cautelare, o il giudizio o una condanna anche non definitiva per i reati di turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche; l'omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione commessi per finalità di tipo mafioso o avvalendosi di associazioni di stampo mafioso da parte dei soggetti di cui alla lett. b) dell'art. 38 del codice degli appalti, anche laddove non sottoposti a procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una condanna; le sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società, nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate dai conviventi dei soggetti destinatari dei provvedimenti giudiziari, precedentemente indicati, con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti, nonché le qualità professionali

dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia²⁸; infine i provvedimenti di condanna, anche non definitiva, per reati strumentali alle attività delle organizzazioni criminali, da cui risulti che l'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose e esserne in qualche modo condizionata²⁹.

Ancora il d.lgs. n. 218/2012 (correttivo) ha aggiunto un'ulteriore ipotesi che riguarda l'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3, l. n. 136/2010, se reiterate nell'arco di cinque anni.

È da tenere presente che tutte le situazioni, indicate dalla normativa vigente, come elementi dai quali si possa dedurre la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa, hanno carattere c.d. "indiziante" e devono, perciò, accompagnarsi ad altri elementi che evidenzino una contiguità dell'impresa con l'organizzazione mafiosa.

In sostanza, ciascuno degli elementi non è significativo di per sé stesso, ma va inserito nell'ambito di un giudizio complessivo³⁰.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, l'informativa interdittiva, pur basandosi su elementi indiziari, non può prescindere dalla sussistenza di un quadro completo e significativo dal quale possa dedursi, con ogni logica conseguenza, il tentativo di ingerenza della criminalità organizzata³¹.

La necessità di una valutazione complessiva da parte del prefetto, ai fini dell'emanazione dell'informazione antimafia, è stata sottolineata anche dalla

²⁸ Al riguardo, si v. l'art. 84, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice Antimafia).

²⁹ Su tale aspetto, si v. l'art. 91, c. 6, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice Antimafia).

³⁰ Anche se la figura sintomatica di tentativo di infiltrazione mafiosa per eccellenza è quella rappresentata dalla presenza di un socio occulto o socio di fatto, tuttavia nell'esperienza giurisprudenziale non sono mancate esemplificazioni concrete che ravvisano la sussistenza del tentativo di infiltrazione anche in altre ipotesi, e perfino nel caso in cui l'impresa sia stata vittima dei delitti da parte di un'organizzazione criminale, ad esempio subendone la pressione estorsiva fino al punto di essere costretta a conformarsi ai voleri del clan. In queste ipotesi, il Consiglio di Stato ha elaborato la figura sintomatica della "contiguità soggiacente", che sebbene distinguibile da quella più grave consistente nella volontaria sottomissione indicata come "contiguità compiacente" può concludersi con il rilascio di un'informazione interdittiva. In tal senso, A. Bonafede, G. Tomarchio, *Le informative antimafia*, cit., 5. Sul punto, si veda Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7619, in www.giustizia-amministrativa.it. In particolare, in tale fattispecie, il giudice amministrativo riscontrava un'ipotesi di "contiguità soggiacente", laddove l'impresa aveva tratto vantaggi economici dal tentativo di ingerenza criminale.

³¹ Per un ulteriore chiarimento sull'orientamento giurisprudenziale consolidato, Tar Emilia-Romagna, Parma, 13 luglio 2011, n. 276; Tar Campania, Napoli, sez. I, 1° dicembre 2010, n. 26527, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. VI, 25 novembre 2009, n. 5886, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2648.

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

circolare emanata dal Gabinetto del Ministro dell'Interno in data 8 febbraio 2013 recante le prime indicazioni interpretative sul d.lgs. n. 218/2012³².

A questo punto, appare necessario esaminare la nozione di “tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese”.

Non diversamente da quanto accade per il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso, si è in presenza di un concetto di derivazione sociologica e, proprio per questo, di più difficile definizione e delimitazione.

In assenza di più precise indicazioni da parte del legislatore anche del 2011, va ascritto a merito della giurisprudenza l'aver contribuito a delineare meglio la nozione di “tentativi di infiltrazione mafiosa”, rilevante ai fini dell'emissione delle informazioni antimafia.

In sostanza, i tentativi di infiltrazione mafiosa si realizzano laddove i comportamenti dell'imprenditore possono rappresentare un veicolo, diretto o indiretto, di ingerenze negli appalti o nelle altre erogazioni pubbliche da parte della criminalità organizzata³³.

I tratti essenziali di questa forma di criminalità sono, tutt'oggi, definiti dall'art. 416-*bis* c.p. e nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali formatesi anche sul terreno dell'applicazione della figura delittuosa del concorso esterno in associazione di stampo mafioso.

È merito proprio della giurisprudenza aver evidenziato come l'impresa possa considerarsi veicolo diretto, allorquando siano presenti, nei suoi centri decisionali, soggetti inseriti stabilmente o comunque collegati con sodalizi o soggetti mafiosi o con essi collusi oppure quando essa sia comunque controllata, gestita di fatto o posseduta da tali soggetti³⁴.

Diversamente si può parlare di veicolo indiretto dell'ingerenza delinquenziale, allorquando l'impresa o i soggetti, che siano comunque in grado di determinarne l'andamento, intrattengono rapporti di affari o altri tipi di relazioni sociali o parentali con soggetti a loro volta appartenenti, collegati

³² Più precisamente, la circolare rileva come – anche rispetto alle situazioni indizianti che presentano un maggior grado di certezza perché basate su determinazioni dell'autorità giudiziaria (ad esempio, sentenze di condanna per varie tipologie di reati) – vada sempre verificata la riconducibilità dei fatti evocati nei provvedimenti giudiziari a contesti di criminalità organizzata o comunque significativi di atteggiamenti di contiguità con quest'ultima.

³³ Su tale profilo, Cons. St., sez.VI, 10 novembre 2009, n. 7777; Tar Emilia-Romagna, Parma, 26 luglio 2011, n. 271, tutte in www.giustizia-amministrativa.it

³⁴ In questo senso, Cons. St., sez.VI, 2 agosto 2006, n. 4737; sez.VI, 30 dicembre 2005, n. 7615, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

o collusi con sodalizi mafiosi, tanto da poter far ritenere che questi ultimi siano in grado di determinarne le scelte³⁵.

Ancora si è in presenza di veicolo indiretto, laddove ci si trovi al cospetto di un'impresa, che non può considerarsi "criminale" (cioè posseduta, controllata o gestita da soggetti dediti ad attività criminali) ma per la quale vengono riscontrati elementi, idonei a comprovare la possibilità che essa possa, anche in via indiretta, favorire la criminalità organizzata³⁶.

È da notare che, analogamente a quanto prevedeva il D.P.R. n. 252/1998, anche il Codice Antimafia richiede la sussistenza dei soli tentativi di infiltrazione mafiosa. Ai fini quindi dell'emissione di una interdittiva antimafia, diviene, dunque, irrilevante che il tentativo di infiltrazione mafiosa si sia effettivamente perfezionato³⁷.

Le informazioni antimafia obbediscono ad una logica di massima anticipazione della soglia di prevenzione delle infiltrazioni mafiose e si risolvono in un giudizio attraverso il quale il prefetto cerca di cogliere l'affidabilità, complessivamente intesa, del soggetto scrutinato³⁸.

Possono, dunque, essere utilizzati fatti, vicende e notizie – anche penalmente irrilevanti – dotati di un valore sintomatico ed indiziario, però idonei a restituire un mosaico dal quale è possibile dedurre una valutazione fondata ed oggettiva sull'esistenza dei tentativi di ingerenza mafiosa³⁹. Resta, invece, vietato al prefetto fondare il proprio giudizio su mere congetture o sospetti privi di riscontri fattuali⁴⁰.

Non si richiede, invece, che gli elementi, posti a base del giudizio del prefetto, siano in grado di sostenere la certezza dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Trattandosi, infatti, di un provvedimento con finalità di anticipata prevenzione, è sufficiente un giudizio in virtù del quale possa concludersi

³⁵ Per un ulteriore chiarimento, Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2009, n. 7777; Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2006, n. 4737, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁶ Su tale profilo, Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 20 novembre 2008, n. 1526, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁷ Al riguardo, si segnalano: Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2005, n. 2796, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, n. 179; Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 gennaio 2009, n. 524, in *Foro amm. TAR*, 2009, I, 169.

³⁸ Per una migliore comprensione delle finalità delle informazioni antimafia, si v. Tar Emilia-Romagna, Parma, 26 luglio 2011, n. 276, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁹ Sulla valutazione dei tentativi di ingerenza mafiosa, si v. Cons. St., sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6555; sez. VI, 2 agosto 2006, n. 4737; sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7615, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁰ In questo senso, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 1° marzo 2010, n. 248, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1046.

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

che non sia illogico o comunque non inattendibile che l'impresa sia oggetto delle ingerenze criminali.

Da ultimo va evidenziato che la nuova disciplina ha abrogato la terza categoria delle informazioni antimafia, ossia quelle denominate "atipiche".

Il punto merita talune puntualizzazioni al fine di evitare equivoci.

Come è noto, il potere del prefetto di emettere informative atipiche trovava fondamento nell'art. 1-*septies*, d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito nella l. 12 ottobre 1982, n. 726.

Tale disposizione consentiva, infatti, ai Prefetti di comunicare alle amministrazioni competenti all'emanazione di provvedimenti ampliativi (autorizzatori o concessori) di carattere discrezionale «elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione», di cui le amministrazioni stesse potevano tener conto nell'ambito del proprio apprezzamento.

Questa norma, successivamente, veniva estesa alla materia dei contratti della pubblica amministrazione, ed in particolare al sistema della documentazione antimafia, dall'art. 10, c. 9, d.P.R. n. 252/1998.

Orbene, l'art. 120, c. 2, del Codice delle leggi antimafia, individua, tra le disposizioni abrogate, anche l'intero d.P.R. n. 252/1998.

Ne consegue che il potere in parola non è più esercitabile in materia di documentazione antimafia.

Con le modifiche introdotte dal d.lgs. correttivo n. 218/2012 è stato, invero, espunto dal novero delle norme soppresse ed è, pertanto, ancora vigente l'art. 1-*septies*, d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito nella l. 12 ottobre 1982, n. 726.

Ma ciò ha un significato ben chiaro: la nuova disciplina, pur mantenendo in vigore l'art. 1-*septies*, d.l. n. 629/1982, ha comunque abrogato l'art. 10, c. 9, d.P.R. n. 252/1998, senza riprodurre il contenuto in altra disposizione del codice.

È da ritenere, dunque, che le informazioni atipiche, che avevano appunto la loro fonte normativa nella norma abrogata, siano da considerare espunte dall'ordinamento, mentre il potere dei prefetti previsto dal citato art. 1-*septies* è limitato alle fattispecie ivi previste. Più precisamente, il suddetto potere può essere esercitato nei procedimenti di rilascio di provvedimenti amministrativi ampliativi della sfera giuridica dell'interessato come concessioni, autorizzazioni per lo svolgimento di attività economiche ed in materia di armi, esplosivi o di titoli abilitativi per l'esercizio di attività di auto-trasporto, ma non più in materia di contratti pubblici⁴¹.

⁴¹ Per un approfondimento su tale profilo, A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, *Codice Antimafia*, cit., 205.

Questa interpretazione è stata confermata dalle linee guida emanate dal Comitato per il coordinamento per l'alta sorveglianza sulle grandi opere (C.A.S.G.O.), di cui al comunicato in data 19 dicembre 2012⁴².

La circolare del Ministero dell'Interno del 8 febbraio 2013 ha fatto propri gli indirizzi interpretativi del CASGO, assumendoli come linee guida generali cui dovranno far riferimento tutte le prefetture: il risultato degli accertamenti antimafia non può che avere un esito binario, nel senso che si potrà concludere con il rilascio di una liberatoria o di una interdittiva, riportando a maggior certezza il sistema stesso nel suo esito finale.

4. Confronto tra l'informazione antimafia e l'istituto delle c.d. *white list*: le cautele antimafia nei settori sensibili

Un altro strumento amministrativo, con finalità di prevenzione del rischio di penetrazione della mafia nell'economia legale, è costituito dalle c.d. *white list*.

Anche la sentenza in commento tratta tale istituto, laddove esamina le contestazioni contro il diniego di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori, previsto dall'art. 5-*bis*, d.l. 74/2012, convertito nella l. n. 122/2012 ed il rapporto tra questo provvedimento negativo e la successiva interdittiva antimafia.

In particolare, la sentenza in commento, pur prendendo atto della condizione di inoppugnabilità del suddetto diniego per decorrenza dei termini di impugnazione, tuttavia si trova costretto ad approfondire le finalità dell'istituto delle *white list*, proprio in rapporto all'informazione antimafia, al fine di escludere l'inammissibilità del ricorso avverso quest'ultimo provvedimento interdittivo.

Più precisamente, la pronuncia rileva che l'iscrizione nell'elenco dei fornitori ha una valenza territoriale, in quanto limitata agli interventi di ricostruzione connessi agli eventi sismici che hanno interessato la Regione Emilia-Romagna, mentre la successiva interdittiva antimafia, assunta ai sensi dell'art. 84, d.lgs. n. 159/2011, ha effetti su tutto il territorio nazionale e preclude per la società l'assunzione della qualità di parte in rapporti con lo Stato o altri organismi di diritto pubblico, che comportino il trasferimento di risorse economiche per l'esecuzione di lavori, forniture e servizi.

⁴² Secondo le linee guida, infatti, il recupero nel sistema antimafia dell'art. 1-*septies*, d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito nella l. 12 ottobre 1982, n. 726, non corrisponde «(...) al mantenimento tout court delle informazioni atipiche».

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

In sostanza, l'acquiescenza al provvedimento, con effetti limitati a livello regionale, non pregiudica l'interesse a rimuovere l'atto radicalmente espulsivo dell'impresa dal mercato dei lavori, delle forniture e dei servizi pubblici e, per tale motivo, il giudice amministrativo, nel caso di specie, decide di verificare la legittimità dell'informativa.

Ne deriva che la disamina della genesi dello strumento delle *white list* chiarisce ulteriormente le finalità ed i caratteri dell'informativa antimafia.

Al riguardo, pertanto, appare opportuna una breve ricostruzione della disciplina normativa dell'istituto in parola.

Orbene, con la direttiva del Ministero dell'Interno del 23 giugno 2010, già si iniziava a sollecitare i Prefetti della Repubblica ad aumentare i controlli contro la criminalità organizzata, in determinati settori c.d. "sensibili", in quanto ritenuti a maggior rischio di infiltrazione mafiosa, anche attraverso l'individuazione di operatori considerati affidabili perché sottoposti in via preventiva a controlli antimafia che ne escludevano il rischio di inquinamento.

In sostanza, si mirava a costituire un elenco di imprenditori affidabili con i quali la pubblica amministrazione poteva intrattenere rapporti senza correre il rischio di alimentare la criminalità organizzata in settori economici tradizionalmente inquinati⁴³.

Lo strumento delle *white list* si rinviene, per la prima volta, in alcune disposizioni normative che hanno disegnato un regime particolare per le verifiche antimafia relative ad alcuni interventi pubblici di grande rilievo nazionale. Ciò è accaduto con riferimento alla disciplina dei lavori di ricostruzione in Abruzzo a seguito del sisma del 6 aprile 2009, degli interventi connessi allo svolgimento di Expo Milano 2015 ed all'attuazione del piano straordinario delle carceri⁴⁴.

Le suddette normative hanno stabilito, per i subappalti e i subcontratti successivi ai contratti pubblici, aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, presso le competenti Prefetture, l'istituzione di elenchi di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture.

⁴³ Per una lettura critica dell'attuale normativa in materia antimafia, si rinvia a P. Carbone, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 12/2012, 137; E. Leotti, *I poteri certificativi del prefetto quali strumento di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁴ Si tratta, rispettivamente, dell'art. 16, d.l. n. 39/2009, convertito nella l. n. 76/2009; dell'art. 3-*quinquies*, d.l. n. 135/2009, convertito nella l. n. 166/2009; dell'art. 17-*quater*, d.l. n. 195/2009, convertito nella l. n. 26/2010.

La definizione delle modalità di costituzione e di aggiornamento degli elenchi è stata demandata a due distinti decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, poi adottati il 18 ottobre 2011 e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale il 25 gennaio 2012⁴⁵.

L'iscrizione nelle suddette *white list* avviene su base volontaria ed è aperta a tutte le imprese indipendentemente dal luogo di sede legale. Pertanto, le Prefetture interessate, in deroga all'assetto delle competenze territoriali, possono vagliare le posizioni di imprese aventi sede legale al di fuori delle proprie giurisdizioni ordinarie.

Anche nella procedura di iscrizione negli elenchi, si conviene che il prefetto eserciti un potere valutativo-discrezionale, laddove deduca l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa dagli accertamenti svolti ovvero, unitamente ad altri elementi, dalle condanne per reati che si rivelassero strumentali ad agevolare l'attività di altre organizzazioni criminali ovvero dalle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari derivanti da appalti pubblici⁴⁶.

In altri termini, si prevede la necessità che gli accertamenti sulle imprese aggiudicatarie degli appalti pubblici, nonché sugli operatori economici della filiera, vengano svolti nella forma più stringente della informazione antimafia⁴⁷.

L'esperimento attuato per l'emergenza Abruzzo e per l'Expo 2015 di Milano è stato replicato anche per la prevenzione delle ingerenze mafiose

⁴⁵ In particolare, l'art. 4, d.P.C.M. 18 ottobre 2011 prevede che «Ai fini dell'iscrizione negli elenchi di cui all'art. 3, il titolare dell'impresa individuale ovvero il rappresentante legale della società presenta apposita istanza alla prefettura della provincia nel cui ambito intende operare, allegando copia del certificato di iscrizione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, e specificando per quale ovvero per quali attività, nel caso di esercizio plurimo, richiede l'iscrizione. Il prefetto che riceve l'istanza di iscrizione, esepite con esito negativo le verifiche di cui all'articolo 3, comma 2, anche attivando il prefetto competente, se l'impresa abbia sede in altra provincia, dispone l'iscrizione di essa nell'elenco di cui all'articolo 3, comma 1, dandone contestuale comunicazione all'interessato, alle altre prefetture indicate nell'articolo 3, comma 1, e, ove l'impresa abbia sede in altra provincia, anche al prefetto territorialmente competente. L'avvenuta iscrizione ha effetto anche riguardo agli altri elenchi di cui all'articolo 3, comma 1. Nel caso in cui, a seguito delle verifiche disposte emergano situazioni di controindicazione rispetto a quanto previsto dall'articolo 3, comma 2, il prefetto rigetta l'istanza di iscrizione, effettuando contestualmente le comunicazioni di cui al comma 2».

⁴⁶ In questa prospettiva, A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, *Codice Antimafia*, cit., 225.

⁴⁷ Per un maggior approfondimento, tra i lavori più recenti, G. Marchianò, *White List, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?*, in questa *Rivista*, 2013, 1, 137.

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

nel processo di ricostruzione delle località dell'Italia Settentrionale colpite dal sisma del maggio 2012⁴⁸.

Più precisamente, viene prevista l'attivazione di *white list* presso le Prefetture dell'area sismica dell'Emilia-Romagna, della Lombardia e del Veneto, estendendo ad esse la disciplina attuativa del citato D.P.C.M. 18 ottobre 2011 relativo all'emergenza Abruzzo, con una novità non di poco rilievo⁴⁹.

In particolare, l'iscrizione nei suddetti elenchi assume di fatto un carattere obbligatorio per le imprese che intendono partecipare al processo di ricostruzione: per l'affidamento e l'esecuzione, anche a titolo di subcontratto, dei lavori è necessario aver almeno presentata la domanda di iscrizione⁵⁰.

I controlli⁵¹ devono essere eseguiti non solo per i contratti pubblici e successivi subcontratti, che intercorrono tra le amministrazioni e gli operatori economici, ma anche per tutti gli interventi di ricostruzione finanziati con sovvenzioni pubbliche, seppur commissionati da soggetti privati⁵².

Prima ancora che dette liste venissero attivate in concreto per le speciali ipotesi previste, e, quindi, senza alcuna riprova che il nuovo strumento fosse davvero efficace, si è provveduto ad espandere il loro campo di applicazione, stabilendone l'istituzione nell'intero territorio nazionale con il d.l. n. 70/2011, convertito nella l. n. 106/2011.

Il regime delle *white list* "nazionali" è stato completamente ridisciplinato dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione).

Invero, la legge c.d. "anticorruzione" detta taluni principi che prefigurano un significativo "passo avanti" del sistema.

⁴⁸ Come già ampiamente indicato, nella sentenza in commento viene trattato proprio l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori (c.d. *white list*) previsto dall'art. 5-*bis*, d.l. 74/2012, conv. in l. n. 122/2012.

⁴⁹ Sul punto, si v. l'art. 5-*bis*, d.l. 6 giugno 2012, n. 74, convertito nella l. 1° agosto 2012, n. 122.

⁵⁰ Al riguardo, le attività indicate nell'art. 5-*bis*, c. 2, d.l. 74/2012 sono le seguenti: a) trasporto di materiale a discarica per conto terzi; b) trasporto e smaltimento di rifiuti per conto terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitumen; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) autotrasporti per conto terzi; h) guardiania dei cantieri.

⁵¹ In particolare, è necessario che il controllo antimafia venga svolto per ogni singolo lavoro svolto dall'impresa interessata. In tal senso, Cons. St., Ad. plen., 9 luglio 2012, n. 33; Cons. St., ad. plen., 8 ottobre 2012, n. 34, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵² Al riguardo, si v. Le Linee Guida antimafia di cui alla deliberazione del Ministero dell'Interno del 15 ottobre 2012, pubblicata in G. U. del 9 novembre 2012.

In particolare, viene espressamente previsto che l'iscrizione – che conserva carattere volontario – è subordinata all'accertamento dei requisiti richiesti per il rilascio dell'informazione antimafia liberatoria⁵³.

E infatti, la documentazione antimafia, necessaria preliminarmente per l'inserimento nella *white list* continua ad essere quella prevista dall'art. 84 del Codice Antimafia: comunicazione antimafia ed informativa antimafia.

Ciò che cambia davvero sono le modalità con cui si effettuano le verifiche del rischio di infiltrazioni mafiose.

Per le imprese che sono iscritte alla *white list*, la suddetta normativa semplifica il percorso, previsto dalla precedente disciplina, nel senso che dette aziende non devono più attendere la singola verifica da parte della prefettura per dar corso a tutte le attività conseguenziali alla sottoscrizione di un appalto pubblico.

Si tratta di una novità di estremo rilievo pratico se si considera che, con la precedente disciplina, la verifica comportava tempi lunghissimi e rischi elevati per le imprese, le quali, in alcuni casi, dopo aver sottoscritto i contratti di appalto – anche per rilevanti importi –, proceduto alla consegna dei lavori, installato i cantieri, assunto operai, acquistato mezzi, potevano vedersi recapitare – anche dopo diversi mesi – una informativa interdittiva che determinava la risoluzione immediata e di diritto del contratto⁵⁴.

Resta, ancora oggi, il dubbio se la strada intrapresa con tali discipline sia pienamente coerente con i principi del diritto comunitario. Non sfugge, infatti, come in tal modo i suddetti elenchi possano trasformarsi in una riedizione degli albi dei costruttori, generando una sorta di presunzione di “non onestà” nei confronti degli operatori economici che non intendano aderire a questi elenchi. Potrebbe essere ipotizzata, forse non ingiustificatamente, una minore coerenza di questo strumento con i principi del divieto di discriminazione che vietano l'adozione di misure discriminatorie nei confronti delle imprese partecipanti alle gare d'appalto⁵⁵.

Tuttavia, l'auspicio è che tali istituti costituiscano ambiti di interlocuzione tra imprese e Prefetture, come momento di garanzia partecipativa a fronte di un potere esercitato, talvolta, con modalità diversificate e contraddittorie tra gli uffici territoriali del Governo.

⁵³ Si v. l'art. 1, c. 52, l. 6 novembre 2012, n. 190. Al riguardo, sono stati superati dalla lettera della nuova norma i dubbi sollevati dal testo dell'art. 4, c. 13, del d.l. n. 70/2011.

⁵⁴ In questa prospettiva, G. Scozzari, M. Zalin, *L'informativa antimafia e la “White List”*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2013.

⁵⁵ Su tale profilo, A. Cisterna, M.V. De Simone, B. Frattasi, S. Gambacurta, *Codice Antimafia*, cit., 225.

5. Il sindacato del giudice amministrativo: equilibrio tra tutela della libertà di iniziativa economica e tutela della pubblica sicurezza

Chiarito l'intero quadro normativo, che disciplina il sistema della documentazione antimafia, con particolare attenzione alle finalità perseguite, appare opportuno esaminare l'atteggiamento della giurisprudenza nei confronti di tali misure di prevenzione.

In particolare, va evidenziato che, a fronte di dette cautele, il compito gravoso del giudice amministrativo consiste nel valutare, in concreto, l'operato del prefetto in termini di corretto bilanciamento tra l'interesse pubblico primario alla tutela della pubblica sicurezza ed alla lotta alla criminalità organizzata e la libertà di iniziativa economica, tutelata costituzionalmente come bene anch'esso primario, in capo a tutti gli imprenditori.

Secondo l'univoco orientamento giurisprudenziale, è necessario che lo strumento dell'informativa sia utilizzato, oltre che con estremo rigore, anche con estrema attenzione e cautela, perché il suo meccanismo opera incidendo nel delicato equilibrio che sussiste tra presunzione di innocenza di cui all'art. 27 Cost. e di libertà di impresa da un lato, ed esigenze di politica repressiva e preventiva dall'altro⁵⁶.

In questa prospettiva, l'elemento strutturale che condiziona l'efficacia e l'efficienza dell'esercizio del potere è la motivazione dell'atto e, pertanto, viene rimarcata la necessità che sia intelligibile l'iter logico-giuridico.

D'altro canto, – è bene ribadire – l'esigenza di contrastare i tentativi di infiltrazione mafiosa nel modo più efficace, e dunque anche nel caso in cui sussistano semplici elementi indiziari, non esclude che la determinazione prefettizia, che disponga l'interruzione di rapporti tra pubblica amministrazione e società, pur se espressione di un'ampia discrezionalità, non possa essere assoggettata al sindacato giurisdizionale sotto il profilo della sua logicità e dell'accertamento dei fatti rilevanti⁵⁷.

In tale ambito, il sindacato in sede giurisdizionale si attesta nei limiti dell'assenza di eventuali vizi della funzione che possano essere sintomo di un non corretto esercizio del potere quanto alla completezza dei dati acquisiti, alla non travisata valutazione dei fatti ed alla logicità delle conclusioni, rimanendo riservata una sfera di ampia discrezionalità alla prefettura, cui spettano i compiti di polizia e di mantenimento dell'ordine pubblico

⁵⁶ Per un maggior approfondimento, C. Fè, *Informativa prefettizia e sindacato della G.A.*, in *Corr. merito*, 2012, 843.

⁵⁷ In questa ottica, Cons. St., Sez. VI, 7 marzo 2007, n. 1056, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

quanto alla ricerca e alla valutazione degli elementi rilevatori delle condizioni di pericolo⁵⁸.

In proposito, secondo un orientamento, più datato, obbediente ad una stringente esigenza di tutela della pubblica amministrazione e di tutta la società civile da ogni – anche solo potenziale – forma di infiltrazione mafiosa, ma sicuramente meno garantista per il soggetto che veniva colpito dall’interdittiva antimafia, si sosteneva che, proprio perché questa presentava finalità di massima anticipazione dell’azione di prevenzione, risultavano rilevanti anche fatti e vicende solo sintomatici ed era sufficiente, secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale, la mera possibilità di interferenze della criminalità, rivelate appunto da fatti sintomatici o indiziari, considerati in un quadro indiziario complessivo⁵⁹.

In altri termini, l’interdittiva antimafia poteva essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari, dai quali emergeva un convincimento ragionevole del pericolo che potesse verificarsi il tentativo di ingerenza nell’attività imprenditoriale della criminalità organizzata.

Tale orientamento riteneva sufficiente un quadro composto da elementi capaci di dare conto della sola “possibilità” o “ipotizzabilità” che l’impresa interessata potesse essere il veicolo di ingerenze o condizionamenti criminali⁶⁰.

L’interdittiva antimafia, quindi, veniva inquadrata come funzionale alla peculiare esigenza di mantenere un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa, idonei a condizionare le scelte delle imprese chiamate a stipulare contratti con la pubblica amministrazione.

Stante l’ampia discrezionalità riservata all’Autorità prefettizia, il sindacato giurisdizionale sull’attività di indagine e sul successivo provvedimento interdittivo, adottato in esito alla stessa, restava necessariamente circoscritto alla verifica dei vizi sintomatici di una illogicità manifesta o di un travisamento dei fatti⁶¹.

⁵⁸ Sul punto, per un maggiore chiarimento, Cons. St., Sez.V, 1 ottobre 2010, n. 7260, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Al riguardo, Cons. St., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2342; sez.VI, 17 luglio 2006, n. 4574 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ Per un’analisi più approfondita dell’orientamento giurisprudenziale, più datato, obbediente ad una più stringente esigenza di tutela della pubblica sicurezza, Cons. St., sez.VI, 2 agosto 2006, n. 4737; sez.V, 3 ottobre 2005, n. 5247; sez.VI, 26 gennaio 2006, n. 222; sez. IV, 30 maggio 2004, n. 2796, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ Ancora sui limiti del sindacato giurisdizionale sull’interdittiva antimafia, Cons. St., sez.VI, 22 giugno 2007, n. 3470; Tar Campania, Napoli, sez. I, 10 febbraio 2010, n. 873, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

La più recente giurisprudenza, invece, punta l'accento sulla circostanza che la valutazione discrezionale, per non sconfinare in mero arbitrio, può dirsi ragionevole e attendibile se sorretta da una pluralità di indizi seri, precisi e concordanti, oggettivamente riscontrabili, che secondo l'esperienza comune assumono un significato univoco⁶².

In questa ottica, si pretende dal prefetto un giudizio ispirato al canone della "qualificata probabilità", che costituisce un *quid pluris* rispetto all'esistenza di una mera possibilità teorica⁶³.

Il parametro della qualificata probabilità, unito al potere prefettizio di apprezzamento discrezionale delle risultanze istruttorie, coniuga, nel contesto dei procedimenti amministrativi in parola, il principio della certezza del diritto con quello dell'ordine pubblico materiale, la cui tutela postula anche l'esercizio di funzioni preventive⁶⁴.

Gli indizi, dai quali viene desunto il predetto rischio, devono, pertanto, essere accertati in esito ad una coerente e compiuta istruttoria⁶⁵.

L'informativa interdittiva deve essere assistita da congrua motivazione, che tenga conto di tale adeguata istruttoria – da svolgersi con l'ampiezza di poteri ma anche con i limiti su indicati – tesa ad accertare e verificare gli elementi indizianti fondanti la sua emissione.

Tale orientamento cerca maggiormente di contemperare le esigenze di sicurezza, di ordine pubblico e di trasparenza nella gestione dei contratti pubblici, con il valore, pure costituzionalmente tutelato, della libertà di iniziativa economica, riferito al soggetto destinatario della misura interdittiva antimafia, pretendendo che gli elementi assunti dal relativo provvedimento come base per giustificare la sua adozione, da parte dell'Autorità prefettizia competente, presentino i caratteri dell'obiettiva congruità e della concretezza⁶⁶.

L'evoluzione giurisprudenziale, dunque, si attesta su una posizione più

⁶² Per un'analisi più approfondita dell'orientamento giurisprudenziale, più recente, teso al corretto bilanciamento tra esigenze di pubblica sicurezza e tutela della libertà di iniziativa economica, Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 23 settembre 2015, n. 11366; C.G.A. 10 luglio 2014, n. 397; Cons. St., sez. III 26 settembre 2014, n. 4852, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ Su tale profilo, per uno studio più approfondito, L. Carbone, L. Lo Meo, *Accertamento probatorio ai fini dell'emanazione dell'informativa antimafia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 174 ss., nota a Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2009, n. 7777.

⁶⁴ Tra i più recenti commenti, F. Di Cristina, *L'informativa prefettizia quale presupposto per la revoca dell'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, 54, nota a Cons. St., sez. III, 19 settembre 2011, n. 5262.

⁶⁵ In questa ottica, Cons. St., sez. III, 25 novembre 2014, n. 5836, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁶ Sul punto, Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 23 settembre 2015, n. 11366, in www.giustizia-amministrativa.it.

garantista per i privati, in considerazione delle esigenze di coloro che si trovano ad operare in un tessuto sociale pervaso dalle ingerenze mafiose.

6. La sentenza in esame: congruità dell'istruttoria e rilevanza del contesto ambientale

La pronuncia in commento si segnala, tra le decisioni del Giudice Amministrativo, per la chiarezza con cui definisce determinati profili dell'istituto dell'informazione antimafia.

In particolare, la sentenza, dopo aver chiarito, in ordine alle finalità di tale misura, che: «Le cautele antimafia non obbediscono, infatti, a finalità di accertamento di responsabilità...[...]...L'innalzamento della soglia di anticipata tutela delle condizioni di sicurezza ed ordine pubblico non esime da una esaustiva acquisizione e valutazione dei presupposti del provvedere, considerata anche l'incidenza della misura interdittiva sulla sfera di libertà di iniziativa economica del destinatario», fornisce precise indicazioni sul contenuto della medesima: «Esse possono muovere da un insieme di elementi e circostanze che, pur non dovendo necessariamente essere sostenute da rilevanze probatorie tipiche del diritto penale e del diritto processuale in genere, siano tali da formare un mosaico di condotte, intrecci, interferenze e contiguità che incidano sull'affidabilità dell'impresa che debba intrattenere rapporti economici con lo Stato o altri organismi di diritto pubblico».

Ancora, la pronuncia si sofferma sul concetto di tentativo di infiltrazione mafiosa: «La nozione di tentativo comporta che la situazione di condizionamento dell'impresa da parte della criminalità organizzata non debba essere in atto, ma che ciò possa avvenire con azioni dirette in modo non equivoco, allo scopo anzidetto, di cui emergano quantomeno elementi rivelatori anche se solo sul piano indiziario» e, nel confutare la rilevanza di talune circostanze (peraltro non pertinenti al fenomeno mafioso perché riferite a reati fallimentari), dalle quali si deduce erroneamente il condizionamento criminale della gestione aziendale, dispone ulteriori prescrizioni di carattere contenutistico, secondo le quali la suddetta ingerenza, nell'informativa antimafia, va indicata esplicitando espressamente le ragioni sottese e le modalità in cui si potrebbe svolgere: «Quanto alla titolarità da parte di Iembo Salvatore del 20% delle quote della s.r.l. Cofim Immobiliare – cui partecipano nella misura del 40% persona imputata per reati fallimentari e per altra quota la nuora di soggetto imputato per i medesimi reati – il collegio reputa che detto assetto societario non possa assurgere ad elemento indiziante del condizionamento criminale della società Flli Iembo, sia per la

natura dei reati cui è fatto riferimento che non attengono al fenomeno della criminalità organizzata, sia perché non sono indicati in che modo e per quali ragioni le partecipazioni sociali attenzionate si riflettano in via derivata sull'indirizzo e gestione della società appellante».

Nondimeno, viene puntualizzato, con linearità e precisione, anche l'ambito di sindacato riservato al giudice amministrativo: «Le conclusioni, dunque, cui pervenga l'Autorità di pubblica sicurezza non si sottraggono al controllo esterno di legittimità, nei limiti del vizio di eccesso di potere nei profili dell'adeguatezza e della sufficienza dell'istruttoria, del corretto apprezzamento dei presupposti del provvedere, della ragionevolezza delle statuizioni adottate e della proporzionalità della scelta provvedimentale al fine di interesse pubblico perseguito».

Ma vi è di più. La decisione in parola, indubbiamente da collocarsi nell'alveo dell'indirizzo ermeneutico garantista, rimarca espressamente l'esigenza di un cambiamento di prospettiva che deve informare l'atteggiamento del giudicante nell'esaminare la misura interdittiva in questione.

Ed, infatti, i giudici di Palazzo Spada, nel caso di specie, osservano che «(...) gli elementi indiziari cui il provvedimento impugnato riconduce il pericolo di infiltrazione mafiosa sono in gran parte risalenti nel tempo (un tentativo di estorsione consumato dal clan Arena in danno di Iembo Giovanni nel 2004 per la cessione a terzo di lavori di urbanizzazione; il riferimento alla persona di Iembo Salvatore in una conversazione telefonica registrata nel 2007 fra persone cui si ascrive l'appartenenza ad associazioni malviste di matrice 'ndranghetista; un contratto di compravendita di terreno nel 2002 in favore di Muto Benito e Gerardo, ai cui fratelli Antonio e Cesare si ascrivono rapporti e contiguità con cosche malavite) (...)» e, da tali circostanze, fanno conseguire che «È possibile rilevare il carattere isolato e non collegato all'attualità dei riscontri che hanno dato ingresso alla misura interdittiva, in parte connessi a situazioni e contesti ambientali che di per sé favoriscono l'esposizione degli operatori economici a contatti da parte di cosche operanti sul territorio».

Proprio tale ultimo passaggio mette in risalto il cambiamento di prospettiva nell'inquadramento dei soggetti destinatari dell'interdittiva: da sospetti di collusione con sodalizi criminali, che devono tentare di scagionarsi, a potenziali vittime del sistema criminale, tutte le volte in cui, scegliendo di agire secondo legalità, incontrano oggettive difficoltà a dimostrare l'estraneità a certi ambienti malavitosi.

Tale problematica, diffusa soprattutto in alcune zone, nelle quali è forte il radicamento della criminalità organizzata, deve indurre, senza dubbio, ad una più scrupolosa indagine dei fatti. Altrimenti verrebbe preclusa agli im-

prenditori locali la possibilità di optare per uno stile di vita diverso, ossia “rispettoso della legge”⁶⁷.

E, infatti, sempre nell’ottica della considerazione che determinati contesti ambientali prevedono – per così dire – la “quotidianità” nei contatti con soggetti appartenenti o comunque collegati, anche mediante rapporti di parentela, alla criminalità organizzata, la sentenza in oggetto declina la rilevanza di un altro riscontro dell’interdittiva: «privo di valore indiziante è la vendita di un terreno in favore di soggetto al quale non sono ascritti direttamente mende e pregiudizi, ma solo a persone a lui legate da rapporto di parentela».

Sul punto, va sottolineato che la questione della rilevanza dei rapporti di parentela, tra operatori economici ed esponenti della criminalità organizzata, è trattata in numerose sentenze, le quali, ai fini della prova del condizionamento criminale dell’impresa, pretendono sempre la compresenza di ulteriori elementi che denotino tale contiguità.

In sostanza, l’indirizzo giurisprudenziale maggioritario ritiene che i rapporti di coniugio, parentela o affinità non siano da soli sufficienti a dimostrare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, dovendo tale circostanza accompagnarsi ad ulteriori elementi che inducano a sospettare che il vincolo assuma connotati significativi sotto il profilo della contiguità con ambienti criminali. Da tali riscontri, dunque, deve emergere che il suddetto rapporto abbia i tratti di una intermediazione fiduciaria, volta ad occultare l’impiego di risorse di derivazione illecita⁶⁸.

Più precisamente, i meri rapporti di parentela con esponenti della criminalità organizzata da parte di soggetti, che rivestono cariche sociali apicali o comunque sono in contatto con l’impresa interessata, non possono da soli condurre ad aprioristiche valutazioni di ingerenza della criminalità, occorrendo, invece, la prova di una reale e tangibile frequentazione con tali ambienti, nonché una materiale influenza della cosca nella gestione aziendale. Diversamente opinando, si violerebbe la presunzione costituzionalmente garantita di innocenza, nonché il principio di responsabilità personale e non per fatto altrui, di cui all’art. 27 Cost.⁶⁹.

⁶⁷ In tal senso, L. Sicari, *Normativa antimafia e principio di colpevolezza: quale bilanciamento? La rilevanza dei meri rapporti di parentela con esponenti della criminalità organizzata in materia di interdittiva antimafia*, cit.

⁶⁸ In questa prospettiva, Cons. St., sez. III, 26 febbraio 2014, n. 930; Cons. St., sez. I, 7 marzo 2007, n. 1056; Tar Campania, Napoli, sez. I, 1° agosto 2007, n. 7188, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁹ Per un approfondimento maggiore, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2012, n. 4708; sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3647, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

L'informativa antimafia e il contesto ambientale

Nella richiesta, da parte della giurisprudenza, di un'indagine più approfondita in ipotesi di rapporti di parentela con esponenti della criminalità organizzata, e precisamente della compresenza di ulteriori elementi rispetto a tale circostanza, si cela una diversa declinazione dell'esigenza indicata, in maniera esplicita, nella sentenza in commento: la necessità di dare il giusto rilievo al contesto ambientale dell'operatore economico scrutinato.

In questo senso, la pronuncia – giova ribadire – ha l'indubbio pregio di considerare anche un diverso punto di vista che vede l'imprenditore, che intende operare nella legalità, vittima del sistema criminale che inquina l'intero territorio di riferimento.

Del resto, il Giudice non può limitarsi ad applicare *tout court* la normativa antimafia vigente, senza verificare adeguatamente la diversità delle situazioni, in cui la stessa va ad incidere.

Argomentando per paradosso, nel caso in cui non si tenesse nella dovuta considerazione il contesto ambientale, si cadrebbe in una discriminazione al contrario nel senso che gli imprenditori, provenienti da zone degradate e pervase dalla criminalità organizzata, non potrebbero scegliere di esercitare la propria attività di impresa “in modo legale”, in quanto – come detto – andrebbero incontro ad oggettive difficoltà a dimostrare l'estraneità a certi ambienti malavitosi, e di conseguenza, sarebbero costretti ad agire in modo “illegale”.

Dunque, è proprio il caso di sottolineare che, stante la rilevanza costituzionale degli interessi in gioco, l'adozione delle descritte cautele antimafia non deve tradursi in una “cieca” applicazione della legge da parte dell'amministrazione.

Abstract

The anti-mafia information doesn't verify the responsibility, but is a prevention tool against risks of mafia infiltration.

The Judgment No. 3636 of 22nd July 2015, the State Council confirms that the anti-mafia information is not exempted from judicial review within the terms of excess of power in the aspects of the adequacy of the preliminary investigation, the reasonableness and the proportionality of choice in the interest of the public, considering the impact of that action on the freedom of economic initiative.

In the present case, the Judge states the illegality of the anti-mafia information, since it only shows isolated findings that are not linked to the current affair, but are related to the territory which favors the exposure of contractors in contact with clans operating in the area.

MUNUS
RIVISTA GIURIDICA DEI SERVIZI PUBBLICI
INDICE ANNUALE 2015

Editoriali

FABIO SAITTA, *Appalti pubblici più semplici e trasparenti dopo gli ultimi interventi governativi*

n. 1, V-VIII

ALDO SANDULLI, *La persistente centralità dei servizi pubblici*

n. 3, V-X

Saggi

CARLA BARBATI, *Lo spettacolo nella storia istituzionale italiana: «perché tutto rimanga com'è»*

pp. 303-334

Lo spettacolo racconta politiche pubbliche fortemente correlate alle tante sfide che hanno accompagnato la costruzione del nostro ordinamento. Questo saggio intende ripercorrere le condizioni di contesto che ne hanno influenzato il percorso normativo, sino a fare dello spettacolo il laboratorio, quasi il banco di prova, delle tante trasformazioni che hanno accompagnato la storia istituzionale italiana, diventando causa delle scelte e dei silenzi che hanno connotato lo statuto debole, incerto, e per taluni aspetti ancora in cerca di definizione, di un ambito che tuttora attende politiche capaci di riconoscerlo come componente di un sistema in cui la cultura assolve il ruolo di leva per lo sviluppo sociale ed economico, al contempo fattore per la costruzione di un'identità culturale nazionale ed europea.

ENRICA BLASI, *La natura giuridica dei consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio: verso la qualifica di incaricati di servizi pubblici*

pp. 43-80

Il consorzio nazionale obbligatorio di gestione dei rifiuti di imballaggio (Conai) rappresenta la risposta organizzativa offerta dal nostro ordinamento

giuridico all'esigenza di garantire che i costi di gestione dei rifiuti di imballaggio ricadano sui produttori di imballaggi, favorendo altresì il necessario raccordo con gli enti locali, titolari del servizio di raccolta dei rifiuti urbani. L'inevitabile contraddizione strutturale tra la forma giuridica privata dei consorzi, e la natura doverosa delle loro attività si è nel tempo acuita, in ragione dell'assenza di sistemi volontari alternativi, rivelando una certa debolezza del modello consortile, e sollecitando una riforma integrale del settore. Le posizioni assunte dalla Commissione europea, dal Ministero dell'ambiente, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dal giudice amministrativo ed infine dal legislatore nazionale, pur nelle loro differenze, consentono di ravvisare nella sussidiarietà al mercato del modello consortile obbligatorio il giusto bilanciamento tra interessi pubblici e privati, nonché tra le esigenze concorrenziali e quelle ambientali, rivelando quindi un consolidamento dei tratti pubblicistici del sistema.

BENEDETTO CIMINO, *Il valore legale dei titoli di studio: errori di prospettiva*

pp. 649-666

Il lavoro analizza le ragioni, le criticità e le possibili alternative all'attuale disciplina legale del valore dei titoli di studio e le sue implicazioni sui meccanismi di reclutamento nel pubblico impiego e di accesso alle professioni regolamentate. Nel corso dell'analisi si dimostra come, in larga parte, l'attuale dibattito scientifico ed istituzionale sul problema sia frutto di un errore di prospettiva e che le disfunzioni lamentate, più che dalla disciplina legale del valore dei titoli, derivino (esattamente all'opposto) dalla distorsione di quel modello, spesso frutto di spinte corporative.

MONICA COCCONI, *La natura non neutrale dei metodi e dei soggetti di valutazione istituzionale dell'attività di ricerca scientifica*

pp. 623-648

Il saggio analizza le esperienze di valutazione dell'attività scientifica delle Università introdotte e svolte, oltre che nel nostro Paese, in Francia e nel Regno Unito. Ci si interroga, in particolare, sul fatto che i metodi utilizzati e i soggetti preposti alla valutazione siano effettivamente in grado di improntarla ad ottenere – oltre che indicatori circa l'entità dei finanziamenti da erogare e un maggior controllo pubblico sull'attività di ricerca – un reale miglioramento della qualità dei risultati. La convinzione che attraversa l'analisi, infatti, è che i metodi utilizzati non risultino neutrali rispetto alla concezione e alla finalità della valutazione e alla conseguente possibilità di ottenere uno sviluppo qualitativo della scienza. Si suggeriscono infine alcuni correttivi per favorire il raggiungimento di tale obiettivo.

FULVIO CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*

pp. 505-524

L'evoluzione della politica scolastica, in Italia, si è sempre caratterizzata per la forte tensione tra due diverse prospettive: quella finalizzata a concepire l'istruzione come luogo neutrale per la crescita della persona; e quella, viceversa, tesa a vedere nella scuola anche un momento strategico per realizzare politiche ulteriori. Negli ultimi vent'anni, il diritto europeo ha sicuramente influito a favore della prevalenza della seconda prospettiva. Il presente contributo si propone di illustrare quali siano le regole, i principi e gli strumenti di cui dispone l'Unione europea per realizzare le proprie politiche sull'istruzione e di verificare quale sia stato l'impatto di tale azione sulle riforme promosse dal legislatore italiano dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso ai giorni nostri.

FABIO DI CRISTINA, *Il tortuoso percorso dell'autonomia scolastica*

pp. 561-584

L'introduzione dell'autonomia scolastica nell'ordinamento italiano, prevista sin dagli anni Novanta del secolo scorso, rappresenta, per molti versi, un percorso ancora in evoluzione. Il saggio ripercorre le tappe principali di questo percorso dal periodo pre-unitario sino ai più recenti interventi legislativi, intrecciandolo con quello della rappresentanza. Se sul piano dell'autonomia didattica molto è stato fatto, sul versante di quella finanziaria la strada è ancora lunga. In tale prospettiva, per completare l'attuazione del disegno riformista degli anni Novanta, è forse utile riflettere su come declinare l'autonomia al plurale, immaginando *autonomie* da costruire sulla base dei principi di adeguatezza, differenziazione e unità del sistema nazionale d'istruzione.

GIANLUCA GARDINI, *RAI e servizio pubblico radiotelevisivo: la "cultura italiana" in bilico tra unità, pluralismo e mercato*

pp. 185-236

La programmazione televisiva pubblica si caratterizza per il maggior spessore "culturale" rispetto a quella commerciale, per la "funzione" identitaria che svolge a beneficio dei cittadini/utenti. Essa veicola la cultura ufficiale di un paese, sotto forma di musica, drammaturgia e teatro, balli, letteratura e poesia, arti visive, architettura e beni culturali, film, commedie, sport, serie tv. Quando è correttamente realizzato, il servizio pubblico ha il compito fondamentale di fare sì che gli spettatori si sentano in sintonia con la società e la cultura a cui appartengono. Il progetto culturale della RAI, in origine, fu quello di introdurre al mondo della cultura le masse popolari che, a quell'epoca, ne erano largamente escluse, fornendo agli italiani gli strumenti di conoscenza necessari a svolgere consapevolmente il proprio ruolo di cittadini. All'inizio, la funzione della RAI era essenzialmente *pedagogica*, e aveva come obiettivo principale

quello di unificare gli italiani al di sotto di una lingua, una cultura, un'identità comuni. Oggi, nell'era digitale e dei flussi migratori, l'unità culturale non può più essere ottenuta attraverso l'attenuazione delle differenze (ad esempio tra Nord e Sud), come si volle fare negli Cinquanta e Sessanta, ma esige il riconoscimento delle naturali diversità che compongono la comunità italiana. Il progetto di unificazione non può più fondarsi, come avveniva un tempo, su un modello culturale univoco. La nuova missione della televisione pubblica, dunque, è garantire l'integrazione e la coesione di modelli culturali diversi, offrire accoglienza alle molteplici opzioni ideologiche, senza imporre standard e stereotipi. Con un solo limite: la Costituzione italiana. La Carta costituzionale repubblicana rappresenta la casa comune che ospita e rende uguali gli italiani, e che tutti hanno l'obbligo di difendere, indipendentemente dalle proprie convinzioni, origini e tradizioni.

CARLO IBBA, *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*

pp. 1-14

Lo studio trae ispirazione da una recente pronuncia della Corte di cassazione ed è finalizzato a individuare i confine della nozione di "società *in house*", in particolare concentrando l'attenzione sul concetto del cd. controllo analogo nelle società a partecipazione pubblica.

Il saggio analizza la compatibilità tra il controllo analogo e il diritto societario e perviene alla conclusione per la quale le società *in house* sono soggette alla disciplina ordinaria del diritto societario e del diritto fallimentare, con particolare riferimento alla responsabilità degli amministratori e dei procedimenti di insolvenza.

SIMONE LUCATTINI, *La rete procedimentale europea dell'energia*

pp. 15-42

Il mercato interno dell'energia è caratterizzato da una struttura a rete, sia sotto il profilo fisico (rete di trasporto dell'energia) sia sotto quello giuridico (contratti transfrontalieri). Attraverso un'analisi empirica, il saggio dimostra come il mercato possa essere effettivamente regolato attraverso un modello di *governance* policentrica (ACER è un'agenzia reticolare) in virtù di procedimenti composti di regolazione, esecuzione e risoluzione dei conflitti nei quali sono coinvolte autorità europee e nazionali.

Con riguardo alla regolazione, è in particolare esaminato il processo di elaborazione del codice di rete, interpretato come il risultato di una regolazione reticolare di tipo policentrico e multifase, che coinvolge molti attori sia a livello nazionale sia sovranazionale, pubblici e privati: NRAs (National Regulatory Authorities), ACER, TSOs (European Network of Transmission System Operators, ENTSO), gli utenti finali, la Commissione Europea e gli Stati membri.

Con riguardo all'esecuzione, è analizzato in dettaglio il Regolamento (EU) n. 1227/2011 (cd. Remit – Regulation on Wholesale Energy Market Integrity and Transparency). Secondo tale disciplina, NRAs gioca il ruolo di “assistente” dell'ACER nella fase di monitoraggio, mentre gli stessi hanno un ruolo di tipo operativo/esecutivo nelle fasi di controllo e sanzione.

Ancora, con riguardo alla risoluzione dei conflitti, il saggio illustra il ruolo arbitrale svolto dall'ACER, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento n. 713/2009. In tale caso, la rete amministrativa europea non è utilizzata soltanto per elaborare regole e farle eseguire, ma anche per risolvere conflitti tra regolatori.

L'ultima parte del saggio è incentrata sulla tutela giurisdizionale e in particolare sui profili correlati al pluralismo giurisdizionale europeo. Infatti, le corti nazionali incontrano notevoli limiti in sede di controllo delle valutazioni tecniche operate a livello europeo e, di conseguenza, possono soltanto verificare se le misure adottate siano rispondenti o meno al principio di proporzionalità.

MARCO MAGRI, *La regolamentazione della stampa e dell'impresa editoriale: oltre l'illusione del pluralismo*

pp. 237-276

Un'opinione piuttosto diffusa ritiene che la legislazione italiana nel settore della stampa, grazie all'evoluzione delle sue principali componenti – regole *antitrust* e sovvenzioni all'editoria – abbia dato complessivamente buona prova nel garantire il «pluralismo dell'informazione». Prendendo occasione anche da una proposta di legge recentemente presentata alla Camera dei deputati (3317, Coscia ed altri), il saggio cerca di dimostrare come questo giudizio possa essere rivisto, in quanto smentito dalle gravi incoerenze che ancora contraddistinguono il sistema, sia nella fase produttiva del giornale (editoria), sia in relazione alla fase finale (vendita nelle edicole).

GIULIA MASSARI, *L'accesso a Internet e ai contenuti digitali quale viatico per il pluralismo informativo*

pp. 277-302

Nell'ambito di una ricerca sul ruolo dei media nel processo di unificazione culturale italiana, uno *status* del tutto particolare va riconosciuto ad Internet, la cui giovane esistenza è compensata da una eccezionale pervasività e da una carica innovatrice senza precedenti. L'attitudine del Web a porsi come facilitatore delle libertà dei singoli e moltiplicatore di democrazia induce a interrogarsi sull'opportunità di includere l'accesso alla Rete tra i diritti fondamentali e, quindi, a consentire l'ingresso di un simile diritto in Costituzione. Dopo aver rapidamente trattato della discussa costituzionalizzazione del diritto di accesso al mezzo ed illustrato la penetrazione di Internet in Italia, il contributo si sofferma con maggior grado di dettaglio sul contiguo profilo dell'ac-

cesso ai contenuti digitali, accesso, questo, da considerarsi libero per ogni utente e scevro da qualsiasi condizionamento. Il saggio affronta, quindi, il dibattito sulla *Net neutrality* e tenta di dimostrare come un trattamento non discriminatorio dei dati circolanti *online* sia condizione necessaria e sufficiente per garantire il pluralismo informativo, che in Internet è presente per natura.

GIUSEPPE PIPERATA – LAURA TRUCCHIA, *Pubblico e privato nell'istruzione: un'analisi storico-costituzionale*

pp. 525-560

L'istruzione è un settore del tutto peculiare: esso è infatti caratterizzato da interessi generali che giustificano l'intervento di pubblici poteri, ma è anche area dove la libertà e le pretese individuali possono coesistere. Di conseguenza, lo scenario regolatorio è sempre in movimento e molti dei problemi che lo caratterizzano sono destinati a rimanere aperti, con un legislatore costantemente chiamato a predisporre nuovi interventi per ricomporre le istanze pubbliche e private.

Il saggio mira a identificare gli aspetti più significativi dell'evoluzione della piattaforma legislativa e amministrativa del sistema di istruzione analizzando le relazioni tra pubblico e privato nel corso degli ultimi centocinquanta anni: anzitutto, con riferimento agli attori che compongono il complesso sistema delle attività e delle *performance*; in secondo luogo, con riguardo alle regole e agli obiettivi che possono essere utilizzati nella costruzione di un sistema strutturato.

LORENZO SALTARI, *Il regime giuridico della formazione e contributo della disciplina sulla tutela e il reclutamento degli insegnanti in Italia*

pp. 585-608

La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia ha rappresentato sin dall'unità un problema. In specie la politica di reclutamento è stata dettata dalle esigenze d'impiego dei potenziali insegnanti piuttosto che dalla volontà di formare una scuola di qualità. Il ricorso costante ed eccessivo a personale precario ne è una riprova. Vanno segnalate tuttavia due inversioni di tendenza: un'endogena, l'altra indotta dall'ordinamento sovranazionale europeo. Il modello di formazione, sebbene con lentezza, s'è allineato ai migliori standard internazionali. Il meccanismo di assunzione grazie alle graduatorie a scorrimento è stato superato in virtù di una sentenza della Corte di giustizia che ha messo in moto una riforma nazionale del reclutamento che ha portato all'assorbimento di molti precari (più di centomila) e all'abolizione di dette graduatorie.

ALDO SANDULLI, *L'arcipelago delle università non statali*

pp. 609-622

Lo scopo dell'articolo è di indagare il complesso arcipelago delle università non statali, alla luce sia della riforma universitaria del 2010 e della sua attuazione sia della recente giurisprudenza sul tema.

La tesi che viene sviluppata è che nella nozione di università non statale confluiscono oggi soggetti talvolta molto diversi tra loro, sicché si rende necessario scendere a verificare, caso per caso, le caratteristiche del singolo ente.

Una categoria a parte costituiscono poi le cd. università telematiche, che sono disciplinate da una disciplina normativa estremamente rarefatta, molto essendo demandato alle concrete decisioni del Miur, dell'Anvur e del giudice amministrativo.

ANTONELLA SAU, *Il contributo della disciplina sulla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale alla costruzione dello Stato unitario*

pp. 335-358

Il percorso di costruzione dell'Italia unita non è solo il risultato di un complesso e faticoso processo politico, ma rappresenta soprattutto l'esito di un processo di integrazione di un popolo che condivide una radice culturale comune che l'unisce e lo identifica ben più di un confine amministrativo e di una moneta unica.

L'evoluzione della disciplina dei beni culturali mostra quindi chiaramente le tappe del processo di costruzione dell'identità culturale e politica del popolo italiano.

Se a ciò si aggiunge che le politiche pubbliche di tutela del patrimonio culturale hanno potuto contare sin dai primi anni successivi all'unificazione amministrativa del Regno d'Italia su una struttura amministrativa con competenze specifiche in materia appare evidente il contributo della disciplina dei beni culturali alla costruzione e alla evoluzione del nostro sistema istituzionale e amministrativo.

Articoli

LUISA AZZENA, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempo di crisi: la doppia "faccia" della sussidiarietà orizzontale*

pp. 419-438

Il presente saggio propone una riflessione sul valore del principio di sussidiarietà, in un quadro in cui il tradizionale paradigma «autoritativo» dell'azione amministrativa è andato evolvendo nel nuovo paradigma dell'amministrazione «condivisa».

In tale rinnovamento possono trovare una più adeguata risposta nuove istanze ed esigenze. In particolare, la più recente configurazione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione può valere a contrastare gli effetti negativi che la crisi economica ha riverberato sul sistema del *welfare*.

L'enfatizzazione della novità non deve però portare a ritenere superate le «basi» del diritto amministrativo, che restano, inevitabilmente, immutate e immutabili.

CARLA BASSU, *Sicurezza alimentare e ragionevolezza. La tutela dei diritti tra principio di precauzione e proporzionalità*

pp. 439-454

La crescente sensibilità dei consumatori in ordine alla qualità dei cibi pone la sicurezza alimentare al centro dell'agenda politica nazionale, europea e internazionale. Il rigore del regime dei controlli sanitari dell'intera filiera alimentare è strumentale alla garanzia del diritto alla salute individuale e collettiva. Il principio di precauzione è uno dei cardini della strategia di sicurezza alimentare e si traduce nell'adozione di misure provvisorie di gestione di un rischio per la salute, in attesa di informazioni di carattere scientifico che provino la sussistenza di un pericolo effettivo. Si tratta di un principio che garantisce una tutela forte dell'integrità della persona, ma si presta necessariamente a interpretazioni discrezionali. La ricostruzione delle caratteristiche del principio di precauzione e l'analisi di casi giurisprudenziali significativi mette in luce alcuni profili di contrasto nella configurazione teorica e nell'applicazione pratica da parte degli ordinamenti nazionali, delle istituzioni europee e del diritto internazionale.

MARCO DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*

pp. 667-684

Il contributo esamina la relazione tra l'organizzazione amministrativa ed il regime giuridico prefigurato per la prevenzione della corruzione, con particolare riferimento al settore dei contratti pubblici. Il complesso normativo relativo alla trasparenza ed alla prevenzione della corruzione rappresenta, infatti, una novità nell'esperienza giuridica italiana. Le disposizioni normative che lo costituiscono, inoltre, rivestono una posizione di assoluta centralità anche in quanto pretendono interventi organizzativi molto rilevanti, finendo per incidere in profondità sugli stessi modelli organizzativi degli enti. Se considerato nei differenti elementi che lo compongono, il sistema di contrasto alla corruzione appare razionale ed efficiente. In realtà, segnatamente nel settore dei contratti pubblici, permangono numerose incertezze e lacune che investono il relativo funzionamento complessivo e l'interazione tra le differenti istituzioni coinvolte.

FABIO ELEFANTE, *University Business in Italy? Tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi*

pp. 159-176

Il presente studio nasce dal riscontro di un crescente interesse di istituzioni culturali straniere all'ingresso nel "mercato" della formazione universitaria italiana.

La novità del fenomeno è data dal carattere culturale-economico di tali istituzioni e dalla loro ambizione a presidiare non già (o non più) il "mercato" di nicchia della formazione transnazionale di studenti, ma direttamente di porsi in concorrenza o competizione con il sistema nazionale delle Università statali e non.

Attesa la natura di tali istituzioni culturali/economiche, evidentemente tese a ricercare nella propria attività anzitutto (se non esclusivamente) una logica di profitto, in questo studio si intende verificare se e quale business possano avere istituzioni universitarie in Italia. E se pertanto un tale fenomeno, allo stato ancora embrionale, sia destinato a rimanere marginale o sia il segno di una modifica significativa del sistema. Se esso attesti una temporanea crisi qualitativo-formativa della attuale accademia italiana o una crisi sistemica del modello formativo, sempre più scisso tra *teaching schools* (cui verosimilmente si affiancherebbero le istituzioni for profit) e università come centri di ricerca. Se la educazione universitaria tenderà a divenire settore commerciale per imprese nazionali o straniere o se il modello italiano manterrà i caratteri che, pur nelle molteplici riforme, sono fin qui stati mantenuti.

Nell'approfondimento: si delineano, in estrema sintesi, il sistema universitario italiano, le sue istituzioni e la loro riconducibilità o meno ad una logica for profit; si analizzano, al di là delle (vedremo: poche) forme di istruzione "universitaria" che possono svolgersi in forma imprenditoriale, le forme alternative ed indirette di remunerazione di un capitale investito in istituzioni universitarie no profit; si identifica nel valore legale indiretto (ma non per questo meno rilevante) del titolo "l'ostacolo" normativo alla diffusione di istituzioni profit e si assume, pertanto, come anche l'aspetto della concorrenza/competizione di istituzioni commerciali (nazionali o meno che siano) con il sistema universitario sia da considerare nel dibattito in ordine a tale contrastato e ricorrente tema dell'ordinamento italiano.

SERGIO MAROTTA, *Welfare provision e variabili locali: il caso del servizio idrico integrato*

pp. 147-158

La relazione elaborata dal Commissario straordinario per la *spending review*, Carlo Cottarelli, è intitolato "Piano di razionalizzazione delle società partecipate locali" e considera la privatizzazione e il ricorso al mercato come unica

opzione per un miglior funzionamento dei servizi pubblici locali. Queste conclusioni sono basate quasi esclusivamente sulla percentuale di capitali investiti da società private e pubbliche nel settore dei servizi pubblici locali. Tuttavia non sono tenute in considerazione le caratteristiche specifiche dei servizi pubblici locali, che svolgono un ruolo fondamentale nell'assicurare la qualità minima della vita dei cittadini in alcune aree del Paese.

GIULIA MASSARI, *Il lento incedere di Internet veloce. Un breve cronistoria delle politiche in materia di banda ultralarga*

pp. 685-716

La banda ultralarga e le infrastrutture di rete che la supportano, le cosiddette *Next Generation Access Networks* (NGAN), consentendo una velocità di navigazione *online* ben più elevata rispetto agli standard delle tecnologie DSL, sono unanimemente considerate di cruciale importanza per il rilancio economico e il progresso sociale della collettività. Muovendo da questa osservazione preliminare, il contributo passa in rassegna le iniziative dell'Unione europea tese alla loro promozione, per poi esaminare, più in dettaglio, le scelte del regolatore italiano e le reazioni degli operatori di telecomunicazioni, con uno sguardo attento ai fattori che frenano l'ampliamento della larghezza di banda e la diffusione della fibra ottica. L'articolo, quindi, si propone di illustrare in che misura e con quali modalità lo sviluppo delle reti di nuova generazione sia stato incoraggiato, al fine di delinearne lo stato dell'arte attuale e di tratteggiare i possibili scenari futuri.

FRANCESCO MONCERI, *Riflessi della nuova conformazione degli enti locali sul sistema dei servizi pubblici locali*

pp. 81-104

L'attenzione dello scritto si concentra sul rapporto tra le esigenze di «flessibilità» territoriale dei pubblici servizi locali, e la tradizionale «rigidità» degli enti locali cui spetta il compito di garantirne i risultati sociali.

In ordine a questo problema si è inteso sottolineare gli interessanti spunti della recente l. n. 56/2014 che sembrano muovere verso una maggiore «differenziazione» degli enti locali che potrebbe determinare un miglioramento della gestione del servizio pubblico locale, sebbene ancora si avverta la mancanza di un ridisegno organico degli enti territoriali, soprattutto di «area vasta». In ogni caso, l'assetto che va disegnandosi appare positivo almeno nella misura in cui mira a sostituire uno schema basato sulla «competitività» degli enti locali territoriali con uno che si fonda sulla «condivisione» e sulla «collaborazione» interistituzionale.

GIOVANNI MULAZZANI, *La nozione di operatore economico e l'ammissione degli enti pubblici al mercato degli appalti*

pp. 385-418

Lo scopo dell'articolo è di analizzare, in prospettiva comparata, l'evoluzione della nozione di operatore economico. Questa evoluzione riposa in un numero di differenti interpretazioni che rendono difficile la qualificazione dei soggetti ammessi alla partecipazione alle selezioni per le procedure di gara pubblica. Il legislatore e la Corte di giustizia hanno imposto una definizione *lato sensu* di operatore economico, trasformando la definizione tradizionale del giudice amministrativo nazionale, che apre alla partecipazione dei soggetti pubblici alle gare pubbliche. Questo articolo ha il fine di illustrare le possibili distorsioni del mercato che possono derivare dalla partecipazione di soggetti pubblici alle gare pubbliche e di accertare il rispetto del diritto degli appalti pubblici senza incorrere nella violazione delle regole concorrenziali.

LUCA R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*

pp. 129-146

L'analisi muove dalla situazione di fatto presente in Italia, caratterizzata da quattro fattori: fortissima resistenza all'applicazione dei meccanismi concorrenziali, alta spesa pubblica, insoddisfazione degli utenti e scarso utilizzo dei servizi e conservazione delle gestioni in essere. Premessa la ricognizione del dato normativo, si ricercano gli elementi ordinanti di una possibile ricostruzione del sistema nel senso della necessità di affidamenti con modalità concorrenziali riferiti all'assegnazione di singoli diritti esclusivi e contributi pubblici, come strumento per affermare la liberalizzazione dei servizi e superare la situazione in essere.

FABIO SAITTA, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*

pp. 359-384

L'indagine, intesa sostanzialmente ad individuare, alla luce dell'evoluzione normativa, i difetti dell'attuale S.S.N. al fine di procedere ad eventuali ulteriori riforme, muove dall'analisi delle ragioni del sostanziale fallimento della legge n. 833 del 1978 e prosegue evidenziando che, pur non travolgendo del tutto l'impianto di tale legge, il riordino del 1992-1993 presenta rispetto alla stessa diversi punti di netta rottura, mentre l'ulteriore riassetto organizzativo operato nel 1999 con il c.d. «decreto Bindi» ha, da un lato, portato a compimento processi già avviati nel 1992 e, dall'altro, recuperato aspetti più vicini alla legge istitutiva del 1978.

Nell'indagine, si evidenzia anche come l'aziendalizzazione delle u.s.l. comporti problemi ben maggiori di quelli posti da una qualsiasi altra privatiz-

zazione di strutture o soggetti pubblici, in quanto gli operatori della sanità agiscono nel settore sensibile dei diritti sociali e, anzi, per la tutela e la promozione del diritto sociale per eccellenza. Ciò induce l'A. a ritenere che l'u.s.l. sia configurata come azienda, cioè come soggetto che si organizza ed agisce per l'erogazione del servizio in termini imprenditoriali, in un senso ben preciso: si tratta, infatti, di un soggetto pubblico che, in forza dell'autonomia imprenditoriale, utilizza gli strumenti privatistici al fine di assicurare la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse primario della collettività.

Vengono, infine, analizzate le «variabili» attorno alle quali dovrà fondarsi qualsiasi ulteriore progetto di riordino del governo della sanità ed individuati alcuni eventuali interventi legislativi che potrebbero favorevolmente incidere sui fattori di più elevata criticità che sono stati costantemente al centro dell'attenzione dei legislatori di ogni epoca.

GIANLUCA ZARRO, *Dal fallimento delle società in mano pubblica al socio occulto di società in mano pubblica*

pp. 105-128

Alcune recenti pronunce giurisprudenziali, hanno richiamato l'attenzione degli interpreti sul problema della sottoposizione a procedure concorsuali delle c.d. "società pubbliche".

La questione specifica, attiene alla possibilità di far capo all'applicazione analogica dell'art. 1, l. fallimentare nei confronti di società a partecipazione pubblica, con particolare riguardo a quelle incaricate dell'erogazione di servizi pubblici a livello locale.

Proprio adottando l'approccio funzionale è emerso che la società, *recte* il modello societario prescelto, soddisfa ai quattro requisiti elencati nell'art. 2082 c.c. Infatti, essa è costituita per contratto, la sua organizzazione risulta quella predisposta dal codice civile per le società per azioni, opera con metodo economico, sopportando il rischio economico e persegue anche lo scopo di lucro.

In caso di soggezione al fallimento, in conformità con l'orientamento espresso con la sentenza n. 26906/2009, ci si è posti la questione se la responsabilità erariale ricada sugli organi dell'ente locale socio.

In proposito, si è affrontata anche la sostenibilità dell'applicazione della teoria dell'imprenditore occulto alle società pubbliche, per sostenere l'estensione del fallimento anche agli enti locali affidanti.

Riscoprire i classici

GIACINTO DELLA CANANEA, *Investimenti pubblici e procedimenti nel pensiero di Federico Caffè*

pp. 177-184

L'articolo è ispirato a un noto saggio di Federico Caffè, dedicato al problema delle procedure amministrative correlate alle necessarie infrastrutture per una moderna democrazia industriale. Leggendo in chiave moderna il contributo «La vischiosità delle procedure nella spesa pubblica», l'autore analizza il problema della carenza italiana di infrastrutture, auspicando un processo di innovazione delle regole e della cultura amministrativa.

Note a sentenza

ANTONELLA SAU, *Dubbi e certezze sulla natura in house providing del Cineca*

pp. 465-488

La decisione del Consiglio di Stato n. 2660/2015, sul consorzio Cineca, offre l'opportunità di analizzare i più recenti sviluppi del diritto nazionale ed europeo sui requisiti strutturali dell'*in house providing*, nella fase di implementazione della Direttiva n. 2014/24/EU, la quale, in presenza di specifiche condizioni, apre alla partecipazione dei privati al capitale delle società *in house*.

Il legislatore italiano ha anticipato l'implementazione della Direttiva n. 2014/24/EU ammettendo la partecipazione di capitali privati nelle società che gestiscono servizi IT per le università e per altri centri di ricerca e di istruzione.

Questo intervento, bypassando gli effetti della pronuncia analizzata in questo contributo, conferma l'importanza del Cineca nella provvista e nella erogazione dei servizi IT per il Ministero dell'istruzione.

Al netto di queste considerazioni relative al sopra menzionato intervento legislativo, molti dubbi restano circa la natura del Cineca per quanto concerne il possesso di taluni requisiti dell'*in house*: controllo analogo e attività prevalente.

SALVATORE SORRENTINO, *L'informativa antimafia e la rilevanza del contesto ambientale*

pp. 717-746

L'informazione antimafia non accerta responsabilità, ma costituisce una misura di prevenzione delle infiltrazioni mafiose.

Con la sentenza del Consiglio di Stato 22 luglio 2015, n. 3636, si conferma che l'informazione antimafia non si sottrae al sindacato giurisdizionale nei limiti del vizio di eccesso di potere nei profili dell'adeguatezza dell'istruttoria, della ragionevolezza e della proporzionalità della scelta al fine di interesse

pubblico perseguito, attesa l'incidenza di tale provvedimento sulla libertà di iniziativa economica.

Nel caso in esame, il Giudice stabilisce l'illegittimità dell'interdittiva antimafia, in quanto riporta unicamente riscontri isolati, non collegati all'attualità e connessi a contesti ambientali, che favoriscono l'esposizione degli imprenditori a contatti con cosche operanti sul territorio.

La sentenza ha il pregio di fornire una prospettiva diversa che vede l'imprenditore come potenziale vittima del sistema criminale in determinati contesti ambientali.

GIANLUCA ZARRO, *Il Consiglio di Stato e le "mobili frontiere" dell'interesse pubblico*
pp. 489-502

La sentenza del Consiglio di Stato, sez.VI, 25 maggio 2015, n. 2660, merita di essere segnalata per l'elaborazione di un rinnovato, flessibile e cangiante concetto di autorità pubblica. Partendo da queste premesse, il giudice amministrativo sostiene che lo svolgimento di attività imprenditoriale nei confronti di soggetti esterni conferisce al Cineca un carattere commerciale che impedisce di qualificarlo come soggetto *in house* o un mero organo di governo del consorzio.

Peraltro, nel parere emesso il 30 gennaio 2015, n. 298, la seconda sezione del Consiglio di Stato ha optato per altra – *recte* opposta – soluzione.

Al fine di risolvere tale conflitto è stata adottata una modifica normativa dell'art. 11a del d.l. n. 78/2015.

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH, *Università e disciplina degli appalti. Concorrenza, servizi in house e prospettive evolutive*

pp. 455-464

L'articolo riguarda una pronuncia del Consiglio di Stati che ha negato la possibilità per una università di conferire – attraverso l'*in house providing* – contratti per l'erogazione di servizi pubblici al Cineca. L'autore illustra alcuni profile di criticità della sentenza, la quale, tuttavia, è stata successivamente superata dall'intervento del legislatore, che ha esplicitamente definite il Cineca come un soggetto governato dal diritto pubblico.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

BENEDETTO CIMINO è dottore di ricerca in diritto dei contratti pubblici e privati presso l'Università della Tuscia e avvocato del Foro di Roma.

MONICA COCCONI è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Ingegneria industriale dell'Università di Parma.

FULVIO CORTESE è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

FABIO DI CRISTINA è dottore di ricerca in diritto ed economia presso l'Università di Siena. Presta servizio presso l'ufficio legale della Cassa Depositi e Prestiti.

MARCO DUGATO è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

GIULIA MASSARI è dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

GIUSEPPE PIPERATA è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Pianificazione e progettazione in ambienti complessi dell'Università di Venezia IUAV.

LORENZO SALTARI è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Palermo.

ALDO SANDULLI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

SALVO SORRENTINO è avvocato del Foro di Torre Annunziata.

LAURA TRUCCHIA è ricercatore di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Management dell'Università Politecnica delle Marche.

Finito di stampare nel mese di aprile 2016
dalla *Grafica elettronica* - Napoli