

## Editoriale

ALFREDO MOLITERNI, *La nuova disciplina sulle nomine nelle Autorità indipendenti* .....V

## Saggi

LIVIA LORENZONI, *Liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori e razionalizzazione dei controlli amministrativi sui privati: obiettivi conciliabili?* ..... 299

ANNALISA GIUSTI, *La rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza* ..... 329

## Articoli

MARCO BEVILACQUA, *Il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione. Un'analisi empirica* .....345

KLAUDIA KURCANI, *Le reti di comunicazione elettronica tra pressioni europee ed interventi nazionali* .....389

GIULIA MATTIOLI, *La clausola di prelazione statutaria impropria nelle società a partecipazione pubblica* ..... 413

GABRIELE TORELLI, *La salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. "locali storici"* ..... 437

## Opinioni

ALDO SANDULLI, *La scommessa del PNRR per il rilancio degli Istituti tecnici superiori (Its)* .....467

LORENZO SALTARI, *La scuola italiana nelle riforme del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* .....479

NOTIZIE SUGLI AUTORI .....491



TABLE OF CONTENTS  
MUNUS 2/2021  
ISSN 2240-4732  
DOI 10.26321/MUNUS/2\_2021

**Editorial**

ALFREDO MOLITERNI, *The new rules on appointments of independent authorities* .....v

**Essays**

LIVIA LORENZONI, *Liberalization and simplification of administrative authorization procedures and rationalization of controls on business and citizens: compatible objectives* ..... 299

ANNALISA GIUSTI, *The urban regeneration as strategy of recovery and resilience*.....329

**Articles**

MARCO BEVILACQUA, *The mimicry of the notion of public administration. An empirical analysis* ..... 345

KLAUDIA KURCANI, *Electronic communication networks between European pressures and national interventions* .....389

GIULIA MATTIOLI, *The improper statutory pre-emption clause in public companies* .....413

GABRIELE TORELLI, *The preservation of traditional activities in the so called “historical places”* .....437

**Opinions**

ALDO SANDULLI, *The challenge of the NRRP for the relaunch of Technical Institutes of Higher Education (ITS)* .....467

LORENZO SALTARI, *The Italian school and the reforms of the National Recovery and Resilience Plan* .....479

LIST OF CONTRIBUTORS .....491



ALFREDO MOLITERNI

LA NUOVA DISCIPLINA SULLE NOMINE  
NELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

Le autorità indipendenti costituiscono senza dubbio uno dei più importanti fattori di novità che hanno caratterizzato l'ordinamento amministrativo italiano nell'ultimo trentennio<sup>1</sup>. Tale nuovo paradigma di amministrazione (e di amministrare) ha infatti contribuito ad arricchire le stesse *problematiche*<sup>2</sup> del diritto amministrativo, sia dal punto di vista del rapporto tra politica e amministrazione, sia dal punto di vista della trasformazione delle funzioni e dei procedimenti amministrativi, soprattutto alla luce della peculiare rilevanza assunta dal sapere tecnico-scientifico.

Ma al di là di tali profili funzionali – che hanno destato la maggiore attenzione sul piano scientifico anche per l'evidente rilievo che essi assumono dal punto di vista del concreto trattamento giurisdizionale delle decisioni – ai fini dello studio del fenomeno delle autorità indipendenti assume un valore non secondario la questione dei fattori strutturali che concorrono ad alimentare (e a rendere effettivo e soprattutto credibile) il requisito dell'indipendenza, il quale si atteggia – insieme all'*expertise* – a vero tratto tipico di tale modello, anche a livello comparato<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Su cui, per tutti, M. D'Alberti, *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, Treccani, 1995; Aa.Vv., *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, il Mulino, 1996; G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.; F. Merusi e M. Passaro, *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna, il Mulino, 2003; M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005; Aa.Vv., *Arbitri dei mercati*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2010.

<sup>2</sup> A cui si riferiva M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, ora in *Id.*, *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, 161.

<sup>3</sup> Come messo in luce già da M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, il Mulino, 1992. Con particolare riferimento all'esperienza statunitense, P.L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in 84 *Columbia Law Review* (1984), 573 ss. Sull'innesto del modello nel contesto giuridico continentale e, in particolare, nell'ordinamento francese, C.A. Colliard e G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Puf, 1988; con riguardo all'ordinamento tedesco, si veda U. Kischel, *Delegation of Legislative*

L'attenta ricostruzione di quelli che sono stati definiti gli «elementi sintomatici»<sup>4</sup> dell'indipendenza (procedimento di nomina dei vertici, garanzie e caratteristiche del loro mandato, autonomia finanziaria contabile e organizzativa) assume un rilievo tanto più decisivo, quanto più si considera la scarsa linearità che ha caratterizzato il concreto processo di gemmazione delle autorità indipendenti nel nostro ordinamento, le quali, oltre ad essere state istituite per rispondere ad esigenze e ad obiettivi di politica del diritto spesso molto diversi tra loro, non sono state mai sottoposte ad una disciplina giuridica unitaria<sup>5</sup>.

È proprio alla luce di tutto ciò che va guardata con favore la recente proposta del governo di introdurre, in sede di approvazione del disegno di legge di concorrenza 2021, una disciplina minima di razionalizzazione del sistema delle nomine delle autorità indipendenti<sup>6</sup>: e questo, nella consapevolezza della grande importanza che assume un buon funzionamento del sistema delle autorità indipendenti ai fini del rafforzamento della credibilità e della competitività dei mercati, anche (e soprattutto) in un contesto di maggiore protagonismo pubblico in campo economico<sup>7</sup>.

La proposta normativa in esame si segnala, innanzitutto, per un ap-

*Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law*, in *Administrative Law Review*, 46, 1994, 213 ss.; per l'ordinamento europeo, si veda M. Shapiro, *A comparison of US and European independent agencies*, in *Comparative Administrative Law*, in *Comparative administrative law*<sup>2</sup>, edited by S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth e B. Emerson, Cheltenham (UK)-Northampton (USA), Edward Elgar Publishing, 2017, 234 ss.

<sup>4</sup> Come li ha definiti F. Merusi e M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, cit., 68 ss.

<sup>5</sup> D'altra parte, come sottolineato da M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, in *Arbitri dei mercati*, cit., 11 «non c'è un modello che presiede all'istituzione delle Autorità indipendenti; esse vengono istituite là dove servono».

<sup>6</sup> Il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021 – emanato ai sensi dell'art. 47, l. 23 luglio 2009, n. 99, e sulla base degli impegni assunti dall'Italia nel Piano Nazionale di Ripresa e di Resilienza – è stato approvato dal Consiglio dei ministri in data 4 novembre 2021 ed è stato successivamente trasmesso all'esame del Senato della Repubblica (A.S. 2469). Il d.d.l., oltre a dettare misure pro-competitive e di riduzione degli ostacoli alla concorrenza in molti ambiti e settori dell'ordinamento (sulla base della Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 19 marzo 2021, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021* – AS1730), prevede, in fine, una Sezione IX sulle «Nomine nelle Autorità indipendenti» recante l'art. 32 («Procedure di selezione dei presidenti e dei componenti delle Autorità amministrative indipendenti»).

<sup>7</sup> Su cui, di recente, Aa.Vv., *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano e L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2021. Con particolare riferimento alla transizione ecologica, sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, n. 2, 32 ss.

## la nuova disciplina sulle nomine nelle autorità indipendenti

proccio pragmatico e di forte realismo, che fa tesoro delle grandi difficoltà che, nell'ultimo ventennio, hanno caratterizzato tutti i tentativi di riforma organica del sistema delle autorità indipendenti<sup>8</sup>. Nonostante le molteplici proposte presentate in Parlamento – anche sulla base dell'attività delle diverse Commissioni di indagine che sono state incaricate di esaminare il fenomeno<sup>9</sup> – ciascun progetto di riforma si è infatti venuto a scontrare con molteplici ostacoli, in larga parte riconducibili alla sostanziale impossibilità di *imbrigliare* la particolare storia, la peculiare conformazione e la singolare collocazione di ciascuna autorità nell'ordinamento (anche alla luce del variabile rapporto di legittimazione e di fondamento nel diritto europeo) all'interno di un paradigma giuridico unitario<sup>10</sup>.

Da questo punto di vista, non è un caso che gli unici interventi legislativi che si sono riusciti ad occupare in maniera trasversale di alcuni profili concernenti il funzionamento delle autorità hanno risposto soprattutto ad esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, ovvero di contrasto a possibili tendenze degenerative del modello. E così, il governo Monti è intervenuto nel 2011 per ridurre il numero dei componenti del collegio delle principali autorità indipendenti in un'ottica di razionalizzazione della spesa pubblica<sup>11</sup>. Nel 2014 è stata quindi approvata una norma che – oltre

<sup>8</sup> Si vedano, nella XIV legislatura, gli A.C. 2052-A.S. 956 (*Disposizioni in materia di Autorità indipendenti*), l'A.C. 2224 (*Nuove norme in materia di autorità di garanzia, regolazione e vigilanza*), l'atto del Senato n. 1366 della XV Legislatura (*Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*). Su tale ultima iniziativa si veda G. Napolitano e A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, il Mulino, 2009.

<sup>9</sup> Si pensi all'avvio, nella XIII legislatura, dell'indagine conoscitiva deliberata dalla Commissione affari costituzionali della Camera, finalizzata a censire il numero delle autorità proprio al fine di giungere alla predisposizione di una disciplina legislativa unitaria.

<sup>10</sup> Sulle diverse iniziative di riforma e sui rischi connessi all'approvazione di una legge generale sulle autorità indipendenti, si veda A. Pajno, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, in *Arbitri dei mercati*, cit., 422 ss.

<sup>11</sup> Si veda l'art. 23, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214), il quale è intervenuto per ridurre il numero dei componenti proprio «al fine di perseguire il contenimento della spesa complessiva per il funzionamento delle Autorità amministrative indipendenti» (c. 1). Va peraltro segnalato che successivi interventi legislativi hanno ristabilito il numero originario di componenti (come nel caso della Commissione nazionale per le società e la borsa-CONSOB e della Autorità di regolazione per energia reti e ambiente-ARERA) o, comunque, hanno introdotto un numero maggiore di componenti rispetto a quanto previsto nel 2011 (come nel caso della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni-AGCOM). In maniera non del tutto coerente, nel panorama delle principali autorità indipendenti, il collegio più ristretto (composto da tre membri) opera solamente per l'Antitrust, sebbene la stessa sia caratterizzata dall'attribuzione di poteri assai penetranti per

ad intervenire, al fine del contenimento dei costi, sulle modalità di gestione del personale, dei servizi e delle risorse strumentali<sup>12</sup> – ha escluso che i componenti del collegio di un'autorità indipendente possano essere nominati nel collegio di un'altra autorità prima di cinque anni dalla cessazione del precedente incarico<sup>13</sup>.

Il recente intervento proposto dal governo nel disegno di legge di concorrenza 2021 intende, invece, introdurre elementi di razionalità e di maggiore uniformità nel procedimento di nomina dei presidenti e dei componenti delle principali autorità indipendenti, al fine di rafforzarne «la trasparenza e l'imparzialità»<sup>14</sup>. In questa prospettiva, senza intervenire sui singoli procedimenti di nomina previsti dalle diverse normative che regolano l'istituzione e il funzionamento di ciascuna autorità<sup>15</sup>, viene previsto un meccanismo che circoscrive il perimetro di esercizio della discrezionalità da parte del titolare del potere di nomina.

In particolare, ciascun soggetto competente alla nomina dovrà procedere – con «congruo anticipo» rispetto alla scadenza del mandato – all'istituzione di una «Commissione tecnica per la selezione delle candidature a presidente e componente delle Autorità amministrative indipendenti». Tale Commissione – composta da «cinque membri scelti tra personalità di indiscussa indipendenza, moralità ed elevata qualificazione professionale nei settori di rispettiva competenza»<sup>16</sup> – sarà chiamata ad effettuare, in maniera trasparente, un'attività istruttoria di selezione e di analisi preliminare delle

il concreto funzionamento del mercato e, soprattutto, da una competenza trasversale a tutti i settori economici.

<sup>12</sup> In particolare, l'art. 22, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114) ha introdotto misure di razionalizzazione del sistema di assunzioni nelle diverse autorità indipendenti, del trattamento economico del personale, della gestione dei servizi strumentali (imponendo forme di condivisione tra le autorità) e della gestione dei servizi logistici.

<sup>13</sup> Ai sensi dell'art. 22, c. 1, d.l. n. 90/2014, «i componenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, della Commissione nazionale per le società e la borsa, dell'Autorità di regolazione dei trasporti, dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, del Garante per la protezione dei dati personali, dell'Autorità nazionale anticorruzione, della Commissione di vigilanza sui fondi pensione e della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, alla cessazione dall'incarico, non possono essere nuovamente nominati componenti di una autorità indipendente, a pena di decadenza, per un periodo pari a cinque anni».

<sup>14</sup> Così al c. 1 dell'art. 32 del d.d.l.

<sup>15</sup> I quali, come sottolineato da F. Merusi e M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, cit., 69 ss., hanno seguito nel tempo criteri diversi anche alla luce dei diversi rapporti di forza che caratterizzavano le forze politiche.

<sup>16</sup> Così al c. 1 del d.d.l. Nel c. 5 si precisa che «La partecipazione alla Commissione è a

## la nuova disciplina sulle nomine nelle autorità indipendenti

candidature pervenute «anche» in esito alla pubblicazione di un «avviso pubblico» da parte del soggetto competente alla nomina<sup>17</sup>; a questi fini, oltre alla valutazione dei titoli, la Commissione potrà ricorrere anche all'audizione dei diversi candidati<sup>18</sup>. A conclusione di tale attività istruttoria, la Commissione proporrà al soggetto competente alla nomina «una lista di almeno quattro candidati per ciascun membro da nominare», da cui tale soggetto dovrà attingere per scegliere il Presidente o il Componente dell'Autorità in questione<sup>19</sup>, ferma restando la necessità che la procedura di nomina si perfezioni «non oltre tre mesi antecedenti alla data della scadenza del mandato»<sup>20</sup>.

In sostanza, tale meccanismo si propone l'obiettivo di fare uscire dall'attuale logica dell'*informalità* quella che è una fase cruciale dell'intero processo di nomina – e cioè la selezione preliminare delle candidature – affidando la stessa ad un soggetto terzo rispetto al soggetto nominante. Così facendo, si cerca peraltro di riportare a maggiore razionalità e omogeneità un'attività che – nel silenzio del legislatore – ha visto fino ad ora lo sviluppo di prassi molto eterogenee in relazione alle nomine delle diverse Autorità, e non sempre in linea con le esperienze che caratterizzano le *best practices* internazionali in materia: si pensi solo alla grande rigorosità e trasparenza che caratterizzano le selezioni delle candidature nelle procedure di nomina delle *Independent Authorities* del Regno Unito (anche attraverso l'importante

titolo gratuito. Ai membri della Commissione non spetta alcun compenso, indennità, gettone di presenza, rimborso di spese o emolumento comunque denominato».

<sup>17</sup> Quanto alle candidature, l'art. 32, c. 3, del d.d.l. precisa che «La Commissione, anche sulla base delle manifestazioni di disponibilità ricevute, a seguito di un avviso pubblico, dai soggetti competenti alla nomina dei presidenti e dei componenti delle Autorità di cui al comma 1, verifica la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa vigente in relazione alla nomina dei componenti di ciascuna Autorità». In sostanza, pur individuandosi nella pubblicazione dell'avviso la modalità ordinaria di avvio del procedimento di nomina non si esclude – almeno sul piano astratto – che la stessa Commissione possa individuare qualche nominativo all'esterno di tali candidature.

<sup>18</sup> Come previsto espressamente al c. 3 dell'art. 32 del d.d.l.

<sup>19</sup> Ai sensi del c. 4 dell'art. 32 del d.d.l., «ferme restando le specifiche disposizioni di legge che disciplinano le competenze per la nomina dei membri di ciascuna Autorità di cui al comma 1, i soggetti competenti nominano il presidente e i componenti tra i candidati individuati nella lista trasmessa ai sensi del comma 3».

<sup>20</sup> Il c. 3 dell'art. 32 del d.d.l. precisa infatti che «al fine di consentire il perfezionamento della procedura di nomina non oltre tre mesi antecedenti alla data della scadenza del mandato del presidente o del componente in carica, l'istituzione della Commissione e la trasmissione della lista di cui al primo periodo devono avvenire con congruo anticipo». Si tratta di una previsione che tenta di ovviare ad una delle maggiori criticità che ha riguardato taluni procedimenti di nomina, che si sono spesso conclusi molto tempo dopo la scadenza naturale del mandato da presidente o da componente.

ruolo svolto dal *HM Government Public Appointments*<sup>21</sup>), le quali – non a caso – hanno condotto alla individuazione di profili di elevatissima competenza e, soprattutto, di spiccata indipendenza dalle contingenti dinamiche politiche e governative<sup>22</sup>.

Alla luce di ciò, la nuova disciplina viene a restringere l'ambito di concreto esercizio delle prerogative di nomina da parte dei diversi soggetti competenti: il che appare viepiù rilevante se si considera la recente tendenza del giudice amministrativo a ricondurre gli atti di nomina delle autorità indipendenti nella categoria degli “atti politici” – anche sul piano oggettivo – al fine di limitarne gli spazi di contestabilità in giudizio<sup>23</sup>. In questa prospettiva, quindi, il meccanismo introdotto dall'art. 32 del d.d.l. di concorrenza contribuisce comunque a razionalizzare il concreto spazio di una scelta che – pur essendo «libera nel fine»<sup>24</sup>, stante la ricostruzione della nomina come “atto politico” – sarà maggiormente vincolata dalle concrete risultanze dell'attività di selezione tecnica delle candidature. Tutto ciò potrà indubbiamente raffor-

<sup>21</sup> Sulle cui attività e funzioni si veda il sito <https://publicappointments.cabinetoffice.gov.uk>, il quale assicura la massima trasparenza delle procedure di nomina delle principali cariche pubbliche, attraverso la pubblicazione dei requisiti e delle competenze richiesti, dei nominativi dei membri della commissione di selezione e delle specifiche modalità di svolgimento e articolazione delle procedure. È inoltre importante il ruolo svolto, in termini di controllo e monitoraggio, anche dal *Commissioner for Public Appointments*.

<sup>22</sup> Come conferma lo stesso fatto di aver individuato, in alcuni casi, esperti di nazionalità non britannica: sul punto, M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, cit., 20 s.

<sup>23</sup> Si veda TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 luglio 2020, n. 8162, il quale – superando il diverso orientamento sostenuto da TAR Lazio, Roma, sez. I, 30 dicembre 2014, n. 13293 – ha precisato che «il potere di nomina è esercitato da organi di vertice delle istituzioni democratiche che sono chiamati a esprimere una “scelta politica” in ragione della posizione di massima imparzialità rivestita nel sistema». E tuttavia, tale caratteristica è stata valorizzata con riguardo alle nomine che vedono il coinvolgimento dei Presidenti delle Camere: non a caso si precisa «la assoluta peculiarità dell'atto adottato sotto il profilo soggettivo, che non è riconducibile alla volontà di un organo del Governo o comunque di un soggetto che appartiene al potere esecutivo, bensì di organi costituzionali quali sono i presidenti delle due Camere, il cui atto di investitura è di derivazione parlamentare». Sulla problematicità del riferimento alla categoria dell'atto politico – e sulla preferibilità del richiamo alla categoria degli “atti costituzionali” – si veda, di recente, V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, 36 ss.; ma si vedano già P. Barile, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 224 ss.; E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961.

<sup>24</sup> Come sostenuto, ancora, da TAR Lazio, I, n. 8162/2020, secondo cui «l'atto di nomina è, in tal senso, “libero nei fini”, in quanto rispondente a superiori esigenze di carattere generale e adottato con lo scopo di tutelare gli interessi della collettività, in ragione della natura degli organi costituzionali da cui promana e a cui è riconosciuto il compito di compiere la relativa scelta».

## la nuova disciplina sulle nomine nelle autorità indipendenti

zare il concreto funzionamento degli stessi circuiti di responsabilità politica conseguenti alla nomina, ma soprattutto garantirà una riduzione del rischio che la ricostruzione dell'atto di nomina come "atto politico" (ai fini del trattamento giurisdizionale) possa in qualche modo offuscare l'obiettivo della valorizzazione della competenza, la quale costituisce un *prerequisito* indispensabile per un esercizio realmente indipendente del mandato<sup>25</sup>.

Quanto al soggetto concretamente chiamato a porre in essere una simile autolimitazione delle proprie prerogative è da ritenersi che, a fronte della struttura complessa che caratterizza la maggior parte dei procedimenti di nomina dei presidenti e dei componenti delle autorità indipendenti, esso coinciderà con il soggetto chiamato ad avviare il procedimento di nomina attraverso l'esercizio del potere di "proposta": e così, ad esempio, si tratterà del Presidente del Consiglio dei ministri con riguardo ai componenti della CONSOB<sup>26</sup>, del Ministro dello sviluppo economico con riguardo all'ARERA<sup>27</sup> o, ancora, del Ministro per la funzione pubblica con riguardo al Presidente della Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)<sup>28</sup> e del Ministero del Lavoro con riguardo alla Commissione di vigilanza sui fondi pensione<sup>29</sup>. Tali soggetti, quindi, dopo aver costituito la Commissione, dovranno scegliere – all'interno della "rosa" di nomi che verrà loro proposta in esito alla selezione iniziale delle candidature – il nominativo del candidato da sottoporre all'approvazione dei soggetti successivamente chiamati ad intervenire, a vario titolo, nel procedimento di nomina<sup>30</sup>.

Un ultimo profilo attiene al concreto ambito di applicazione della norma. In assenza di una univoca definizione di "autorità indipendenti" a cui

<sup>25</sup> Come sottolineato da A. Pajno, *Quali prospettive per le autorità indipendenti?*, cit., 433 secondo cui «una nomina priva di qualità rischia alla fine, di diminuire la qualità dell'indipendenza dalle autorità».

<sup>26</sup> Ai sensi dell'art. 1, d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 216.

<sup>27</sup> Ai sensi dell'art. 2, c. 7, l. 14 novembre 1995, n. 481.

<sup>28</sup> Ai sensi dell'art. 13, c. 3, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, il Presidente è nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno; i componenti sono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione.

<sup>29</sup> Ai sensi dell'art. 18, c. 3, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252.

<sup>30</sup> Come è noto, successivamente alla proposta del Ministro o del Presidente del Consiglio può intervenire una deliberazione del Consiglio dei ministri e, in alcuni casi, anche l'approvazione da parte delle Commissioni parlamentari competenti con maggioranza di 2/3. Alla luce di ciò, è da ritenersi che, in caso di mancata approvazione del nominativo da parte dei successivi organismi (ad esempio da parte della Commissione parlamentare), il soggetto competente ad effettuare la proposta sarà tenuto a proporre un nuovo nominativo attingendo alla medesima rosa di nomi già formulata dalla Commissione.

poter fare utilmente riferimento nel nostro ordinamento, l'art. 32, c. 1 del d.d.l. fa rinvio all'elenco delle nove autorità indipendenti già espressamente individuate dal legislatore nell'art. 22, c. 1, d.l. n. 90/2014<sup>31</sup>. Tuttavia, il medesimo comma precisa che il meccanismo in esame non è direttamente applicabile ai procedimenti di nomina di competenza delle Camere o dei relativi Presidenti<sup>32</sup>. Alla luce di tale specificazione, quindi, l'art. 32 non vincolerebbe – allo stato – la procedura di nomina dei componenti dell'AGCOM (ad eccezione del Presidente)<sup>33</sup>, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, del Garante per la protezione dei dati personali e della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Si tratta di una scelta che parrebbe essere legata all'esigenza di scongiurare una possibile lesione – da parte del governo in sede di approvazione del d.d.l. – dell'autonomia degli organi costituzionali coinvolti nel procedimento di nomina<sup>34</sup>. E tuttavia, non può non rilevarsi che siamo dinanzi ad una rilevante restrizione dell'ambito di applicazione della norma, la quale rischia in parte di attenuare l'impatto indubbiamente positivo della riforma.

In ragione di ciò, è da auspicare che il senso di responsabilità istituzionale mostrato dal governo nell'acconsentire alla (non usuale) *auto-limitazione* delle proprie prerogative politiche con riguardo ai procedimenti di nomina che vedono un più netto protagonismo del Presidente del Consiglio o di singoli ministri possa contraddistinguere anche l'atteggiamento del Parlamento e dei Presidenti delle Camere, quantomeno nell'assicurare che le procedure di nomina di loro spettanza si adeguino il più possibile ai principi e ai criteri ricavabili dalla norma in esame<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Si veda la precedente nota 13.

<sup>32</sup> Ai sensi dell'art. 32, c. 1, del d.d.l. si precisa infatti che «il presidente della Camera dei deputati, il presidente del Senato della Repubblica e le Camere provvedono, nell'ambito della loro autonomia costituzionale, a disciplinare le procedure di nomina di rispettiva competenza».

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 1, c. 3, l. 31 luglio 1997, n. 249, il Senato e la Camera eleggono due commissari ciascuno, mentre il Presidente è nominato su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministro dello sviluppo economico.

<sup>34</sup> Sebbene vada evidenziato – rispetto ad una simile ipotesi – che il disegno di legge di iniziativa governativa sarebbe stato comunque oggetto di un approfondito esame da parte Parlamento in sede di approvazione della legge di concorrenza: pertanto, sarebbe stata comunque una legge dello Stato a limitare il concreto esercizio del potere di nomina da parte delle Camere e dei suoi componenti.

<sup>35</sup> D'altra parte, l'estensione anche a tali nomine di una simile fase di selezione tecnica delle candidature consentirebbe di introdurre elementi di maggiore razionalità, soprattutto in relazione alla scelta – operata negli anni Novanta e, quindi, in un diverso sistema politico-

## la nuova disciplina sulle nomine nelle autorità indipendenti

Tutto questo, ovviamente, nella consapevolezza che le procedure di nomina, pur essendo importanti, non possono da sole alimentare e sostenere quella «cultura dell'indipendenza»<sup>36</sup> che ha fatto sin qui fatica ad affermarsi nel nostro sistema istituzionale<sup>37</sup>, ma del cui rafforzamento trarrebbero sicuro giovamento i molti interessi pubblici e i tanti diritti di libertà (non solo economici) affidati dall'ordinamento alla cura e alla protezione delle autorità indipendenti.

istituzionale – di affidare la nomina di importanti autorità indipendenti alla decisione individuale dei soli Presidenti delle Camere, a fronte della natura pluri-strutturata che caratterizza la maggior parte dei procedimenti di nomina delle autorità indipendenti. Sui profili di criticità di tale scelta, soprattutto alla luce del mutato assetto del sistema politico in chiave maggioritaria, si veda già F. Merusi e M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, cit., 70.

<sup>36</sup> A cui fa riferimento M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, cit., 20, il quale sottolinea che i «rischi di politicizzazione» non possono essere «superati da una norma di legge», sebbene il rafforzamento delle procedure – ad esempio attraverso lo strumento delle audizioni – potrebbe contribuire ad attenuarli.

<sup>37</sup> Come conferma l'oscillante atteggiamento del sistema politico ed economico nei confronti della regolazione indipendente: sul punto si veda già S. Cassese, *Chi ha paura delle autorità indipendenti?*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, 471 ss.; più di recente, M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 2 ss.



LIVIA LORENZONI

## LIBERALIZZAZIONE E SEMPLIFICAZIONE DEI PROCEDIMENTI AUTORIZZATORI E RAZIONALIZZAZIONE DEI CONTROLLI AMMINISTRATIVI SUI PRIVATI: OBIETTIVI CONCILIABILI?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Liberalizzazione amministrativa e semplificazione procedimentale come risposta alle crisi di sistema. – 3. Gli effetti delle misure di liberalizzazione e semplificazione sul potere di controllo amministrativo sulle attività economiche private. – 3.1. SCIA. – 3.2. Autocertificazioni e de-certificazioni. – 4. La razionalizzazione dei controlli sui privati, con particolare riferimento ai controlli documentali rispetto alle attività economiche private. – 5. Conclusioni: liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori e razionalizzazione dei controlli *ex post*: paradosso o opportunità?

### 1. Introduzione

Le recenti misure proposte dal governo italiano per superare la crisi legata all'emergenza pandemica hanno riacceso l'attenzione sul ruolo del principio di concorrenza – inteso in senso ampio e inclusivo delle misure di liberalizzazione, razionalizzazione della regolazione e rimozione degli inutili ostacoli alle dinamiche di mercato<sup>1</sup> – come leva per la ripresa economica in risposta alle crisi di sistema<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per tale definizione del principio di concorrenza si rinvia alle note posizioni della Corte costituzionale italiana espresse, tra le molte, nelle seguenti pronunce: C. Cost., 17 luglio 2012, n. 200; C. Cost., 11 dicembre 2012, n. 299; C. Cost., 7 maggio 2014, n. 125. Si vedano sul punto F. Saitto, *La Corte Costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in *Aic*, 2012, 4; V. Onida, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Aic*, 2013, 1. Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sul principio di concorrenza in relazione all'art. 41 Cost. si veda M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 153.

<sup>2</sup> Il tema del contributo del principio concorrenza alla crescita economica successiva alle crisi (sebbene, riferito soprattutto alla disciplina antitrust) è stato largamente affrontato dalla dottrina internazionale ed italiana relativa alla crisi finanziaria del 2008. Si vedano, tra i molti, D.A. Crane, *Did We Avoid Historical Failures of Antitrust Enforcement During the 2008-09*

La promozione di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva<sup>3</sup>, costituisce un caposaldo del diritto dell'Unione europea<sup>4</sup>, il quale ha visto rafforzato il proprio ruolo di supremazia sugli ordinamenti nazionali degli Stati membri nei contesti emergenziali, permeandone gli assetti costituzionali, imponendo limiti giuridicamente rilevanti all'attività normativa, di pianificazione economico-finanziaria, di regolazione ed amministrativa.

Da ultimo, le ingenti risorse rese disponibili dall'Unione europea per

*Financial Crisis?*, in *Antitrust Law Journal* (2010) 219-228; Oecd, *Competition and the Financial Crisis*, working paper for the Oecd Competition Committee on 17-18 February 2009 e letteratura *ivi* citata; F. Jenny, *Responses to the Economic and Financial Crisis: Whither Competition?*, in S.J. Evenett, B.M. Hoekmann and O. Cattaneo, *Effective Crisis Responses and Openness: Implications for the Trading System*, Washington (USA): The World Bank (2009), 217-247; M. D'Alberty, *Le regole globali: limiti e rimedi*, in *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, a cura di G. Amato, Firenze-Antella, Passigli Editori, 2009, 119 ss.; G. Napolitano, *The Role of the State in (and after) the Financial Crisis: New Challenges for Administrative Law*, in S. Rose-Ackerman and P.L. Lindseth, *Comparative Administrative Law, Research Handbooks in Comparative Law series*, Williston, Edward Elgar Publishing, 2010, 569-591. Di recente, il principio di concorrenza è stato, altresì, ricondotto alle forme di contrasto della povertà e delle disegualianze. Si vedano, sul punto, E.M. Fox, *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*, in *13 Sw. J. L. & Trade in Americas* 211, 2007; M. D'Alberty, *La crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2013, 195 ss.; ID., *Nuove tendenze del governo dell'economia*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2013, 349 ss.; ID., *Possono i poteri pubblici contrastare il dominio del denaro?*, in *Il denaro deve servire non governare*, a cura di F. Felice e G. Taiani, Città del Vaticano, Il Calamo, 2014, 61 ss.; J.B. Baker e S.C. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, 7 ss.

<sup>3</sup> Art. 3, par. 3 TUE. Sulle caratteristiche della nozione contemporanea di economia sociale di mercato, che implicano la necessità di introdurre un sistema caratterizzato da un intervento pubblico che garantisca certezza del diritto, proporzionalità delle sanzioni rispetto agli illeciti, tempestività dell'azione esecutiva, controlli efficaci e una regolazione di qualità che non interferisca sulle dinamiche di mercato, si vedano M. De Benedetto, *L'economia sociale di mercato*, in *Sociologia*, 2009, 125-130; F. Felice, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008. Ciò implica la necessità di introdurre un sistema caratterizzato da un intervento pubblico che garantisca certezza del diritto, proporzionalità delle sanzioni rispetto agli illeciti, tempestività dell'azione esecutiva, controlli efficaci e una regolazione di qualità che non interferisca sulle dinamiche di mercato.

<sup>4</sup> Nella gerarchia delle fonti europee, le regole della concorrenza sono state poste al vertice «il loro ambito di applicazione generale incontra limitazioni nei soli casi tassativamente previsti dal Trattato stesso, che sono soggetti ad interpretazione restrittiva» (A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, 283). Di conseguenza, tutta la normativa europea derivata e, a loro volta, le regolazioni economiche degli ordinamenti nazionali sono tenute a rispettare il principio di concorrenza sancito nei Trattati. Si vedano, altresì, P. Larouche, *Contrasting Legal Solutions and the Comparability of EU and U.S. experiences*, in *Antitrust and regulation in the EU and US: legal and economic perspectives*, a cura di F. Leveque e H. Shelanski, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009, 76-100.

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

risanare le economie dei Paesi membri, fortemente provate dal contesto dell'emergenza sanitaria, e la subordinazione della relativa erogazione all'attuazione delle indicazioni sovranazionali, sembrano aver accentuato ulteriormente la cogenza dei vincoli derivanti dal diritto europeo.

Nell'ambito dell'ampio panorama di misure adottate in Italia, in attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (da qui in avanti, PNRR), il presente contributo si sofferma sulle norme di semplificazione e liberalizzazione amministrativa e sulle misure volte alla razionalizzazione dei controlli amministrativi sulle imprese e sui cittadini. Nello specifico, il lavoro si interroga sui margini di applicabilità dei principi di semplificazione, pianificazione e predeterminazione dei criteri in base ai quali effettuare i controlli sui privati, in particolare, nel contesto dei controlli documentali dell'amministrazione rispetto alle attività economiche private liberalizzate o oggetto di attività provvedimentale semplificata.

In linea di principio, la liberalizzazione c.d. giuridica, o amministrativa, tende a ridimensionare il potere autorizzatorio discrezionale e preventivo, spostando il momento del controllo pubblico sulla conformità dei presupposti dell'attività economica privata ad un momento successivo al suo avviamento, sotto forma di potestà di conformazione e repressione<sup>5</sup>. Analogamente, gli istituti di semplificazione dell'istruttoria tendono ad alleggerire l'attività procedimentale, incrementando, allo stesso tempo, la successiva attività di controllo a carico della p.a.<sup>6</sup>. Pertanto, le suddette misure appaiono, *prima facie*, difficilmente compatibili con l'esigenza di razionalizzare e ridurre

<sup>5</sup> Sul potere dell'amministrazione sulle attività liberalizzate si veda A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 645 ss. La liberalizzazione può determinare la soppressione piena del condizionamento pubblico (cd. deregulation), oppure la sua sostituzione con un sistema più rispettoso della libertà d'impresa (liberalizzazione c.d. temperata). Su questi temi si rinvia a G. Corso, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 629 ss. Per una ricostruzione sistematica degli effetti del diritto europeo sulle tradizionali caratteristiche del provvedimento amministrativo si veda S. Torricelli, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, Maggioli Editore, 2013.

Per quanto attiene alla liberalizzazione economica, è stato affermato che questa, normalmente, implica un incremento di regolazione. Si veda, in tal senso, S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389.

<sup>6</sup> Si vedano, tra i molti, G. Vesperini, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 655 ss.; M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss.; S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.; G. Piperata, *Lo sportello unico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 41 ss.; S. Amorosino, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2635; G. Vesperini, *Semplificazione amministrativa*, in *Diz. dir. pubbl.*, VI, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 5479 ss.; F. Satta, *Liberalizzare e semplificare*, in *Apertacontrada.it*, 2011; N. Rangone, *Semplificazione amministrativa*,

i controlli amministrativi sulle attività dei privati, anch'essa evidenziata nelle disposizioni di attuazione del PNRR.

Il presente contributo tenta di fornire elementi di riflessione per evidenziare come una corretta impostazione del processo di razionalizzazione dei controlli, che tenga conto delle ricostruzioni dottrinali e delle raccomandazioni degli organismi internazionali, si ponga, al contrario, in piena sinergia con l'esigenza di semplificazione dell'istruttoria amministrativa e di liberalizzazione delle attività economiche private.

## 2. Liberalizzazione amministrativa e semplificazione procedimentale come risposta alle crisi di sistema

Il tema della liberalizzazione c.d. amministrativa, intesa come l'eliminazione o la riduzione «degli ostacoli di ordine amministrativo o normativo che si frappongono allo svolgimento di attività private»<sup>7</sup>, sembra tornare di attualità nei contesti di risposta legislativa alle crisi di sistema<sup>8</sup>.

Molti interventi normativi degli anni successivi alla crisi economico-finanziaria del 2008 appaiono essersi ispirati all'idea che la liberalizzazione rappresenti uno stimolo essenziale per la ripresa economica.

Tra le misure adottate in tal senso dal legislatore italiano si ricorda, ad esempio, il decreto legislativo di recepimento della direttiva servizi<sup>9</sup>, il

in *Enc. it.*, IX Appendice, Roma, Treccani, 2015; A. Moliterni, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 699 ss.

<sup>7</sup> Per questa illuminante definizione si veda G. Corso, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 3495-3496. L'Autore ha distinto la liberalizzazione amministrativa da quella c.d. economica – volta a consentire l'apertura di mercati tradizionalmente gestiti in monopolio e caratterizzati da forti barriere all'ingresso – chiarendo, al contempo, che «la liberalizzazione economica, in certi casi, non è altro che l'effetto della liberalizzazione amministrativa». È stato da altri affermato che, una volta incorporata la prospettiva del diritto europeo, la distinzione tra liberalizzazione economica e amministrativa «riveste carattere essenzialmente descrittivo» (N. Longobardi, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 607). Sulla liberalizzazione economica si veda, tra i molti, F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>8</sup> Si è parlato in dottrina di “liberalizzazione anticrisi” (F. Merusi, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. Amm.*, 2015, 579).

<sup>9</sup> Dir. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. La cosiddetta direttiva servizi (o direttiva Bolkestein) ha introdotto una serie di disposizioni volte a garantire la concreta attuazione negli Stati membri dei principi di libertà di stabilimento nell'Unione europea, allo scopo di completare il merca-

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

quale ha subordinato le restrizioni all'accesso al mercato alla sussistenza di specifici motivi imperativi di interesse generale<sup>10</sup>, ma, soprattutto, le successive misure statali di liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese. Queste ultime hanno previsto una generale abrogazione delle disposizioni legislative contenenti meccanismi di contingentamento, o di subordinazione dell'avvio delle attività economiche private al rilascio di atti autorizzativi da parte dell'amministrazione pubblica, con una generalizzazione degli istituti della segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA) e dell'autocertificazione con controlli successivi, salve le

to unico e di contribuire alla semplificazione amministrativa mediante la riduzione dei vincoli procedurali e sostanziali all'esercizio delle attività economiche private. La direttiva ha inciso in modo significativo sull'interpretazione dell'art. 41 Cost., ponendo espressi limiti alla possibilità di subordinare l'iniziativa economica privata a provvedimenti autoritativi dell'amministrazione, in particolare a quelli incidenti sul rapporto fra domanda e offerta. È stato osservato che la direttiva ha inaugurato una nuova politica di liberalizzazione dell'UE per assicurare la libertà di stabilimento, perseguendo «sotto le mentite spoglie della semplificazione amministrativa» un ambizioso obiettivo di liberalizzazione e di trasformazione dei diritti amministrativi nazionali, inteso a «rimuovere la selva di discipline amministrative stratificatesi nel tempo che ostacola senza solide giustificazioni la libertà di impresa e introdurre nuovi e stringenti principi e regole che impediscano l'adozione per il futuro di consimili discipline» (N. Longobardi, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, cit., 607. In giurisprudenza si veda, tra le molte, TAR Campania, Salerno, sez. II, 6 giugno 2014, n. 1080, in *Foro Amm.*, 2014, 1836). La direttiva ha imposto agli Stati membri di indicare, nell'ambito della valutazione reciproca delle legislazioni nazionali, i requisiti soppressi o attenuati e quelli mantenuti in vigore, motivando in ordine alla loro conformità ai già menzionati principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità. È stato previsto, poi, un obbligo di notifica alla Commissione delle nuove disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedono dei requisiti restrittivi, sebbene, come rilevato in dottrina, la direttiva non abbia chiarito le conseguenze che discendono dalla violazione dell'obbligo di notifica da parte degli Stati membri (F. Ferraro, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 693).

<sup>10</sup> Art. 8, c. 1, lett. h), d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, Attuazione della dir. 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno. La portata generale del decreto e la sua posizione nella gerarchia delle fonti, dovuta alla derivazione europea delle norme in esso contenute, ne hanno evidenziato «le potenzialità per assurgere a vero e proprio "Statuto" delle relazioni fra mondo imprenditoriale e potere pubblico» (E.L. Camilli, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1239), volto a disegnare un quadro regolamentare per i futuri interventi normativi nazionali e locali. Tuttavia, il decreto è stato criticato da parte della dottrina per aver operato un mero recepimento formale della direttiva mediante previsioni astratte e di principio, prive di una concreta e immediata effettività. Pur avendo sancito l'obbligo di previa notifica alla Commissione europea delle nuove disposizioni, il recepimento della direttiva servizi avrebbe dovuto implicare una puntuale valutazione della conformità delle disposizioni già in vigore che impongono requisiti restrittivi con la necessità di perseguimento di esigenze imperative di interesse generale.

esigenze di tutela di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>11</sup>.

Le suddette riforme hanno introdotto numerose norme di principio, delle quali è stata contestata (anche sotto il profilo della legittimità costituzionale) l'eccessiva genericità, indeterminatezza e scarsa effettività<sup>12</sup>. Esempio, in questo senso, è stata l'introduzione del principio secondo cui «l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge»<sup>13</sup>. L'assenza di prescrizioni di carattere puntuale, il susseguirsi e il sovrapporsi di disposizioni statali, in alcuni casi contrastanti con quelle regionali, hanno creato notevoli complicazioni nell'individuazione della disciplina in vigore. Ciò ha permesso alle Regioni di mantenere le normative restrittive esistenti<sup>14</sup> e di sindacare

<sup>11</sup> Si vedano, ad esempio, il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo», conv. con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148; il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», conv. con modificazioni dall'art. 1, c. 1, l. 22 dicembre 2011, n. 214 (cosiddetto decreto «Salva Italia»); d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività»; d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo». Per alcune opinioni dottrinali su tali misure, si vedano M. De Benedetto, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm* e F. Di Lascio, *Le semplificazioni amministrative e le misure di riduzione degli oneri*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 236-247; L. Saltari, *Il decreto «Cresci Italia» – lo «Stato del mercato»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 579 ss.; M.S. Bonomi, V. Bontempi, G. Mocavini e E. Tatì, *L'attività normativa del Governo nel periodo 2009-2012*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 873; A. Argentati, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 360; A. Negrelli, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. publ. com.*, 2013, 693-705; F. D'Angelo, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, 807.

<sup>12</sup> Per tali critiche si vedano, tra i molti, N. Longobardi, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, cit., 603-640; A. Negrelli, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 693-705.

<sup>13</sup> Art. 3, c. 1, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo», conv. con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, sul quale peraltro è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza 17-20 luglio 2012, n. 200, dichiarando l'incostituzionalità del c. 3, che prevedeva la soppressione automatica e generalizzata delle normative statali contrarie ai principi di cui al c. 1, in quanto «oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali». Si veda inoltre, l'art. 1, d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», conv. con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>14</sup> Si vedano, tra le molte, TAR Piemonte, sez. I, 21 marzo 2007, n. 1322; TAR Veneto,

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

in più occasioni la legittimità costituzionale delle discipline statali di liberalizzazione<sup>15</sup>.

Il tema ha ripreso attualità nell'ambito delle risposte alla crisi pandemica. Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni 2020), adottato per fronteggiare l'emergenza sanitaria, ha previsto un'opera di ricognizione da parte dello Stato e degli enti locali dei procedimenti soggetti ad autorizzazione giustificata da motivi imperativi di interesse generale e quelli, invece, da semplificare<sup>16</sup>. È stata, inoltre, estesa la forma dell'autocertificazione per tutti i requisiti soggettivi relativi ai procedimenti avviati su istanza di parte, aventi ad oggetto l'erogazione di benefici economici, nonché per il rilascio di autorizzazioni e nulla osta comunque denominati<sup>17</sup>. Ulteriori misure settoriali di semplificazione sono state inserite nel successivo decreto semplificazioni 2021<sup>18</sup>.

sez. III, 21 agosto, 2009, n. 2341. Si veda in proposito D.M. Traina, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 135.

<sup>15</sup> L'intervento dello Stato mirato alla liberalizzazione delle attività economiche è stato in più occasioni ritenuto conforme all'attuale quadro costituzionale che ha accolto nell'ordinamento italiano i principi di diritto europeo in materia di regolazione economica e ha annoverato la tutela della concorrenza tra le materie affidate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Si veda, tra le pronunce più recenti, C. cost., 15 maggio 2014, n. 125, in *Foro it.*, 2014, 3044.

<sup>16</sup> La norma è intervenuta modificando l'art. 24, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, prevedendo che «entro centocinquanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, lo Stato, le Regioni e le autonomie locali, sentiti le associazioni imprenditoriali, gli ordini e le associazioni professionali, completano la ricognizione dei procedimenti amministrativi al fine di individuare: a) le attività soggette ad autorizzazione, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e le attività soggette ai regimi giuridici di cui agli articoli 19, 19-bis e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero al mero obbligo di comunicazione; b) i provvedimenti autorizzatori, gli adempimenti e le misure incidenti sulla libertà di iniziativa economica ritenuti non indispensabili, fatti salvi quelli imposti dalla normativa dell'Unione europea e quelli posti a tutela di principi e interessi costituzionalmente rilevanti; c) i procedimenti da semplificare; d) le discipline e i tempi uniformi per tipologie omogenee di procedimenti; e) i procedimenti per i quali l'autorità competente può adottare un'autorizzazione generale; f) i livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti per l'adeguamento alla normativa dell'Unione europea. 1-ter. Gli esiti della ricognizione sono trasmessi al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per la pubblica amministrazione, alla Conferenza delle regioni e delle province autonome, all'Unione delle province d'Italia e all'Associazione nazionale dei comuni italiani» (Art. 15, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv., con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale (decreto semplificazioni). Per un commento alla norma si veda R. Dipace, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, 903.

<sup>17</sup> Art. 12, c. 1, lett. h), n. 2), d.l. n. 76/2020, conv., con modificazioni, dalla l. 120/2020.

<sup>18</sup> D.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv., con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108,

Il PNRR ha posto l'obiettivo di accelerare l'azione amministrativa, «liberalizzare, semplificare (anche mediante l'eliminazione di adempimenti non necessari), reingegnerizzare, e uniformare le procedure, quali elementi indispensabili per la digitalizzazione e la riduzione di oneri e tempi per cittadini e imprese»<sup>19</sup>. In tal senso, nell'ambito degli interventi mirati all'implementazione del principio di buona amministrazione, è stata prevista una vera e propria agenda per la semplificazione<sup>20</sup> e sono stati individuati, già in sede di Piano nazionale, alcuni "colli di bottiglia"<sup>21</sup>. L'agenda ha imposto una mappatura dei procedimenti e delle attività e dei relativi regimi vigenti; l'individuazione del catalogo dei nuovi regimi, l'eliminazione delle autorizzazioni non giustificate da motivi imperativi di interesse generale, l'abolizione degli adempimenti non necessari o che non utilizzano le nuove tecnologie, l'estensione della SCIA, il silenzio assenso, la comunicazione e l'adozione di regimi uniformi condivisi con regioni e comuni; nonché, la completa reingegnerizzazione in digitale e semplificazione di procedure critiche.

Infine, il disegno di legge annuale sulla concorrenza, approvato dal Consiglio dei ministri il 4 novembre 2021, ha disposto una revisione dei procedimenti amministrativi in funzione pro-concorrenziale.

L'art. 23 del disegno di legge, al fine di eliminare le autorizzazioni e gli adempimenti non necessari e ridurre gli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese, nonché di reingegnerizzare in digitale le procedure amministrative, come previsto dal PNRR, ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la ricognizione, la semplificazione e l'individuazione delle attività oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o

«Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure (decreto semplificazioni 2021)». Per una panoramica recente sulle misure di semplificazione ed accelerazione dell'azione amministrativa adottate nel contesto delle risposte alla crisi pandemica, si veda S. de Nitto, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 3, 783.

<sup>19</sup> Piano nazionale di ripresa e resilienza NEXTGENERATIONITALIA disponibile al seguente link: [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR\\_0.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf), 47.

<sup>20</sup> [http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Allegato\\_1\\_Agenda\\_Semplificazione\\_2020-2023.pdf](http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Allegato_1_Agenda_Semplificazione_2020-2023.pdf)

<sup>21</sup> Come, ad esempio, la VIA statale e quella regionale, l'autorizzazione dei nuovi impianti per il riciclo dei rifiuti, le procedure autorizzatorie per le energie rinnovabili e quelle per assicurare l'efficientamento energetico degli edifici e la rigenerazione urbana, nonché le conferenze di servizi per l'approvazione dei progetti e le infrastrutture per la transizione digitale (PNRR, cit., 47).

## **liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori**

di silenzio-assenso, nonché quelle per le quali è necessario il titolo espresso o è sufficiente una comunicazione preventiva<sup>22</sup>.

Allo stesso tempo, sempre in un'ottica di semplificazione amministrativa per favorire la ripresa e il rilancio dell'economia, l'art. 24 ha delegato il governo ad adottare, uno o più decreti legislativi, volti a semplificare, rendere più efficaci ed efficienti e coordinare i controlli sulle attività economiche, secondo i principi di efficacia, efficienza e proporzionalità e di promozione della collaborazione tra le amministrazioni e i soggetti controllati<sup>23</sup>.

### **3. Gli effetti delle misure di liberalizzazione e semplificazione sul potere di controllo amministrativo sulle attività economiche private**

L'introduzione delle suddette misure di liberalizzazione amministrativa nel disegno di legge in materia di libera concorrenza sembra confermare l'insufficienza delle norme europee sulla libera circolazione (comprese quelle contenute nella normativa derivata, come la sopra citata direttiva servizi) quale base normativa per introdurre un programma onnicomprensivo di liberalizzazione e semplificazione amministrativa. L'obiettivo di instaurare un mercato unico, mediante l'abolizione delle restrizioni agli scambi intracomunitari che limitino le libertà di circolazione tutelate dai Trattati, ha implicato la puntuale individuazione da parte degli Stati membri degli interessi generali idonei a giustificare gli interventi pubblici che incidono

<sup>22</sup> I principi guida nell'adozione dei decreti delegati sono individuati nella ragionevolezza e proporzionalità. I criteri direttivi sono la tipizzazione delle attività soggette ad autorizzazione, giustificata da motivi imperativi di interesse generale e i provvedimenti autorizzatori posti a tutela di principi e interessi costituzionalmente rilevanti e di quelle soggette a SCIA, silenzio assenso o a mero obbligo di comunicazione; l'eliminazione dei provvedimenti autorizzatori, gli adempimenti e le misure incidenti sulla libertà di iniziativa economica non indispensabili, fatti salvi quelli previsti dalla normativa dell'Unione europea o quelli posti a tutela di principi e interessi costituzionalmente rilevanti; la semplificazione dei procedimenti relativi ai provvedimenti autorizzatori, gli adempimenti e le misure non eliminati; l'estensione dell'ambito delle attività private liberamente esercitabili senza necessità di alcun adempimento, inclusa la mera comunicazione; la semplificazione e reingegnerizzazione delle procedure e gli adempimenti per la loro completa digitalizzazione; l'eliminazione di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti per l'adeguamento alla normativa dell'Unione europea; la riduzione dei tempi dei procedimenti autorizzatori per l'avvio dell'attività di impresa. Cf. Art. 23, disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (ai sensi dell'art. 47, l. 23 luglio 2009, n. 99).

<sup>23</sup> Art. 24, disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021.

sulla libertà di mercato<sup>24</sup>, al fine di assicurare la possibilità per le imprese di operare in condizione di parità e in assenza di privilegi dettati da discipline pubblicistiche protezionistiche o distorsive<sup>25</sup>. Tuttavia, l'individuazione degli interessi pubblici imperativi, tali da giustificare misure nazionali restrittive, non implica di per sé «un obbligo immediato per lo Stato membro di liberalizzazione interna che traduca il divieto per lo Stato membro di mantenere misure restrittive ingiustificate nella caducazione di discipline nazionali che le prevedono e nella sottrazione alla sfera pubblica del potere di controllo preventivo e successivo sulle attività liberalizzate»<sup>26</sup>.

La fonte sovranazionale di un siffatto obbligo è stata individuata, pertanto, nel principio di libera concorrenza, che ha imposto ai legislatori na-

<sup>24</sup> Tra le esigenze imperative di carattere generale rientrano interessi costituzionalmente tutelati, mentre sono escluse ragioni di natura meramente economica, tra le quali le disposizioni programmatiche rispondenti a una logica di controllo autoritativo sull'offerta. Si veda, tra le molte, C. giust. CE, 17 marzo 2005, causa C-109/04, Kranemann, punto 34 e giurisprudenza ivi citata. La Corte di giustizia ha affermato che «qualora una disciplina nazionale subordini l'esercizio di un'attività ad una condizione connessa al fabbisogno economico o sociale di tale attività, essa costituisce una restrizione in quanto mira a limitare il numero dei prestatori di servizi». Si vedano in tal senso, C. giust. CE, 27 settembre 2001, causa C-63/99, Gloszczuk, Racc., punto 59; 15 giugno 2006, causa C-255/04, Commissione/Francia, punto 29; 10 marzo 2009, causa C-169/07, Hartlauer, punto 36. Inoltre, il diritto di stabilimento europeo osta ai provvedimenti nazionali che, pur applicabili senza discriminazioni in base alla nazionalità, possano impedire o scoraggiare l'esercizio della libertà di esercizio delle attività economiche private da parte dei cittadini dell'Unione. L'art. 52 TFUE consente esclusivamente l'applicazione delle disposizioni restrittive legislative, regolamentari e amministrative che risultino giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

<sup>25</sup> In particolare, i suddetti limiti sono stati posti 1) dalla disciplina delle libertà garantite dal Trattato; 2) dalla disciplina dei servizi d'interesse economico generale e, infine, 3) dal combinato disposto dei divieti antitrust e del dovere di leale collaborazione tra Stati membri (A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., 322). Il diritto europeo ha tipizzato gli interessi pubblici per la tutela dei quali le deroghe a una delle quattro libertà fondamentali di circolazione (delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali) possa essere giustificata. I limiti non previsti nei Trattati devono soddisfare quattro condizioni e, segnatamente, «devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo» (*ex multis*, C. giust. CE, 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, punto 32; 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, punto 37). Si veda sul punto M. Condinazzi e B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'unione e libera circolazione delle persone*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, tomo I*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 140-143. Si vedano, altresì, C. giust. CE, 26 novembre 2002, causa C-100/01, Oteiza Olazabal, punto 43; 16 ottobre 2008, causa C-527/06, Renneberg, punto 81.

<sup>26</sup> A. Negrelli, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 689.

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

zionali di «rivalutare il mercato come strumento per la soddisfazione dei bisogni individuali e collettivi»<sup>27</sup>. Sulla base di tale principio, la giurisprudenza europea ha identificato una serie di misure di regolazione dell'economia che contrastano con il principio del libero mercato, inducendo i legislatori degli Stati membri ad una drastica riduzione degli interventi pubblici distorsivi<sup>28</sup>. Tra gli ostacoli allo sviluppo delle dinamiche di mercato rientrano le discipline pubbliche che limitano l'accesso o la libertà delle imprese nel determinare gli aspetti della loro attività<sup>29</sup>. Esse costituiscono, nell'ottica della concorrenza, una barriera normativa all'ingresso suscettibile di rafforzare le posizioni degli operatori esistenti, sottraendoli al confronto competitivo<sup>30</sup>.

L'inerenza di un interesse pubblico all'attività imprenditoriale, che giustificava il regime di autorizzazione discrezionale e il conseguente rapporto di potestà-soggezione tra il pubblico potere e l'impresa<sup>31</sup>, riconducibile ai «controlli opportuni» di indirizzo e coordinamento dell'attività economica privata di cui all'art. 41 Cost.<sup>32</sup>, è risultata significativamente circoscritta. Si

<sup>27</sup> G. Corso, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, cit., 3495-3496. Si vedano, altresì, M. D'Alberty, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, cit., 106-107; A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 645-654. Per una visione globale dell'impatto del principio di concorrenza sul diritto amministrativo si veda M. D'Alberty, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss.

<sup>28</sup> Sulla giurisprudenza europea che ha qualificato misure nazionali come incompatibili con il Trattato per violazione del principio di concorrenza si veda P. Fattori e M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2004, 187.

<sup>29</sup> È stato evidenziato come, per la realizzazione del mercato unico, sia «indispensabile eliminare o ridurre le barriere normative e amministrative che ostacolano l'accesso delle imprese alle attività economiche e che restringono gli scambi» (M. D'Alberty, *Riforme amministrative e sistema economico*, in *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla «riforma Bassanini»*. Atti del convegno internazionale, Roma, 30-31 gennaio 2008, a cura di G. D'Alessio e F. Di Lascio, Torino, Giappichelli, 2009, 3). Sulla regolazione distorsiva ed i relativi poteri dell'Autorità antitrust italiana si veda A. Catricalà e A. Lalli, *L'Antitrust in Italia, il nuovo ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010, 118-121.

<sup>30</sup> Questo tipo di regolazione amministrativa è stata definita in dottrina «di tipo *lato sensu* corporativo, e quindi anticoncorrenziale» (M. Libertini, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1129).

<sup>31</sup> Il potere autorizzatorio è stato considerato una delle tecniche più antiche di controllo giuridico sulle attività dei privati, «quella che i tedeschi definiscono del divieto con riserva di permesso (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)» (G. Corso, *Autorizzazioni di polizia*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1987). Sul potere autorizzatorio discrezionale, volto a subordinare la realizzazione di interessi privati ad interessi pubblici, quale modello tipico dei tradizionali controlli pubblici sui soggetti privati nel modello di Stato interventista, si v. G. Tufarelli, *Polizia amministrativa*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, 189-191.

<sup>32</sup> Sulla riconduzione dei controlli sull'attività economica pubblica e privata all'art. 41

è affermata, di conseguenza, «l'esigenza di limitare sia l'utilizzo dei poteri imperativi in senso stretto (produttivi di effetti giuridici nella sfera giuridica altrui a prescindere dal consenso del titolare) sia dei poteri autorizzatori, che limitano la libertà negoziale e la libertà di iniziativa economica, ai casi di stretta necessità»<sup>33</sup>.

La tutela della concorrenza non ha imposto la completa abolizione della regolazione pubblica delle attività economiche, bensì una sua razionalizzazione, che contempla interventi distorsivi, esclusivamente se necessari e proporzionati rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti<sup>34</sup>. Ciò,

Cost. si veda M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1273-1276; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, III ed., Bologna, il Mulino, 1989, 175-232, in particolare 179-183. Sull'evoluzione storica delle forme di intervento dello Stato nelle attività economiche private si vedano T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959; ID., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*<sup>3</sup>, Milano, Giuffrè, 1960. Sul rapporto tra i diversi commi dell'art. 41 Cost. in relazione all'intervento pubblico nell'economia si vedano, tra i molti, A. Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. d'Dir.* XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 582; G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 7-19; G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia: la sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Riv. scienze pol.* 1991, 30; G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 543, ora in *Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, 88; L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 7. Sulle recenti proposte di modifica dell'art. 41 Cost. e il dibattito dottrinario che ne è scaturito si veda C. Pinelli, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 359-360. Di recente sul tema dei controlli pubblici sulle attività economiche private A. Moliterni, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, cit., 191-246, in particolare 192-195.

<sup>33</sup> V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 237.

<sup>34</sup> La Corte costituzionale ha affermato in più occasioni che «la liberalizzazione da intendersi come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di "ri-regolazione" tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (sentenze n. 247/2010 e n. 152/2010, n. 167/2009) – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale» (C. cost., 17 luglio 2012, n. 200; C. cost., 11 dicembre 2012, n. 299, citate da ultimo dalla sentenza C. cost., 7 maggio 2014 n. 125). Si vedano sul punto F. Saitto, *La Corte*

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

oltre ad aver segnato il declino della categoria dogmatica dei procedimenti autorizzatori costitutivi con funzione di programmazione, ha significativamente ridimensionato la portata applicativa dei procedimenti autorizzatori in funzione di controllo, volti «a riscontrare la rispondenza e regole predefinite del concreto contenuto del potere materiale oggetto del procedimento»<sup>35</sup>. Allo stesso tempo, negli ambiti nei quali il regime autorizzatorio è stato mantenuto, si è avuto un fenomeno di attenuazione del potere discrezionale delle autorità pubbliche in materia di accesso degli operatori economici ai mercati<sup>36</sup>.

Pertanto, nei settori liberalizzati, la conformità dell'esercizio dell'attività di impresa alle prescrizioni legislative settoriali dovrebbe rimanere soggetta esclusivamente ad un controllo successivo<sup>37</sup>, funzionalmente mirato a garantire l'osservanza delle prescrizioni stabilite nell'interesse di tutti i componenti della collettività<sup>38</sup>. La liberalizzazione delle attività imprenditoriali ha ricondotto i controlli pubblici sulle attività economiche nell'ambito della

*Costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in *Aic*, 2012, 4; V. Onida, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Aic*, 2013, 1.

<sup>35</sup> Si v. M.S. Giannini *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970 II, 1097-1100. L'Autore, prendendo le mosse dalle ripartizioni concettuali elaborate nelle storiche opere di Ranalletti (cfr. O. Ranalletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, 46; *Id.*, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 317; *Id.*, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *Riv. it. sc. giur.*, 1897, 417, ora raccolte in *Scritti giuridici scelti*, III, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, Napoli, Jovene, 1992), ha evidenziato la funzione dei provvedimenti autorizzatori non come composizione di interessi, bensì come subordinazione della realizzazione di interessi privati ad interessi pubblici. In questa ricostruzione, i procedimenti autorizzatori sono stati distinti a seconda che esplichino una funzione di controllo o di programmazione (questi ultimi definiti come «strumenti per ordinare attività di operatori ai precetti di piani, programmi o anche più semplicemente di disegni ordinali o distributivi»). La dottrina tradizionale in tema di potere autorizzatorio della pubblica amministrazione è molto vasta. Si ricordano, senza pretese di esaustività, G. Ortolani, *Autorizzazione e approvazione*, Padova, Cedam, 1939; A.M. Sandulli, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 787; R. Villata, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Milano, Giuffrè, 1974; A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, *Dig. disc. pubbl.*, 1987; L. Mazzarolli, *Concessione e autorizzazione edilizia*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, aggiornamento, 2011.

<sup>36</sup> Si veda sul punto M. D'Alberti, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, cit., 99-105. Si v., altresì, G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107.

<sup>37</sup> Sui diversi tipi di inerenza dell'attività imprenditoriale all'interesse pubblico nei controlli ispettivi, nei regimi di autorizzazione, nei regimi di concessione e negli ordinamenti sezionali, si veda M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1989, 189-208.

<sup>38</sup> M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, cit. 1269.

funzione di *market* o *economic regulation*<sup>39</sup>, inclusiva di tutte quelle misure che incidono sull'attività o sulla struttura delle imprese, nonché sull'accesso ai mercati<sup>40</sup>, ricomprese nell'ampia nozione aglo-americana di *control*<sup>41</sup>.

Come anticipato, i contesti di crisi economica hanno ulteriormente accentuato tale tendenza, conducendo il sistema verso il superamento del «modello del divieto con riserva di autorizzazione amministrativa, che ha caratterizzato nel secondo dopoguerra la disciplina di pressoché ogni iniziativa economica», in favore di un «intervento del privato con riserva di intervento inibitorio da parte della Pubblica Amministrazione»<sup>42</sup>.

Tuttavia, a differenza dalle risposte alla recessione successiva al 2008 – dove la priorità era quella di risanare il debito pubblico, nel perseguimento dell'obiettivo europeo dell'equilibrio di bilancio degli Stati membri<sup>43</sup> – nel

<sup>39</sup> Sulla nozione di regolazione economica la dottrina è molto vasta. Si vedano, senza pretese di esaustività, A. Ogas, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press 1994; M. Armstrong, M. Cowan, J. Vickers, *Regulatory Reform-Regulation of Economic Activity*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 1994; J. Foreman-Peck, R. Millward, *Public and Private Ownership of British Industry 1820-1990*, Oxford, Clarendon Press, 1994; G. Majone, *The rise of the regulatory state in Europe*, in 17 *West European Politics* (1994), 3; Id., *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996; Id., *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, in 17 *Journal of Public Policy* (1997), 2, 139-167; R. Baldwin, *Rules and government. Non-statutory rules and administrative law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 125-141; G. Majone; A. La Spina, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000; T. Prosser, *Law and the regulators*, Oxford, Clarendon, 1997; D. Helm, T. Jenkinson, *Competition in Regulated Industries*, Oxford, 1998; R. Baldwin, C. Scott, C. Hood, *A Reader on Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998; R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999; D. Newberry, *Privatisation, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2000; J. Gómez-Ibáñez, *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contract and Discretion*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2003; N. Rangone, *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, cit., 5057; M. Thatcher, *Internationalisation and Economic Institutions*, Oxford, 2007; R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Introduction: Regulation – The Field and the Developing Agenda*, in Id., *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 3-16; Id., *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, II ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>40</sup> M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit. 56-66.

<sup>41</sup> W. K. Viscusi, J. M. Vernon e J. E. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, IV ed., 2005, 357-362.

<sup>42</sup> F. Merusi, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. Amm.*, 2015, 579.

<sup>43</sup> Sulla riforma costituzionale adottata in Italia in attuazione dei vincoli finanziari europei, rafforzati dal Trattato fiscal compact, successivamente alla crisi del debito sovrano. I commenti successivi all'introduzione della l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, recante l'introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale, sono innumerevoli. Si vedano, senza pretese di esaustività, R. Perez, *Dal bilancio in pareggio all'equilibrio tra entrate e spese*, in

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

panorama odierno, l'esigenza di semplificare l'azione amministrativa e di liberalizzare l'attività di impresa si inserisce in un contesto di urgente bisogno di accelerazione dell'azione amministrativa, tale da consentire il rispetto delle tempistiche imposte dal PNRR per l'attuazione degli investimenti in esso previsti.

### 3.1. SCIA

Uno dei principali strumenti di liberalizzazione delle attività dei privati consiste nella sostituzione del provvedimento autorizzatorio con la segnalazione certificata di inizio attività, c.d. SCIA, istituto sul quale il legislatore è intervenuto numerose volte, offrendo occasioni di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza, amministrativa e costituzionale<sup>44</sup>.

*Giorn. dir. amm.*, 2012, 929-933; D. Cabras, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in *Quad. cost.*, 2012, 111-115; G. D'Auria, *Sull'ingresso in costituzione del principio del "pareggio di bilancio" (a proposito di un recente parere delle sezioni unite della Corte dei conti)*, in *Foro it.*, 2012, 55-62; G. Rivosecchi, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Atc*, 2016, 27; G.L. Tosato, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 5-35; A. Brancasi, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, Giuffrè 2014, 167-186; M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Aa.Vv.*, *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, tomo III, Milano, Giuffrè, 2015, 1673-1712; R. Perez, *Crisi finanziaria e pareggio di bilancio*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei. Tendenze e riforme*, a cura di F. Di Lascio, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; M. Trimarchi, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 623.

<sup>44</sup> Sul tema, la letteratura è sconfinata. Si vedano, senza pretese di esaustività, L. Ferrara, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 759 e ss.; L. Martinez, *La d.i.a. e la tutela del terzo fra l'azione contro il silenzio e l'azione di accertamento autonomo del rapporto amministrativo*, in *Riv. giur. edil.* 2009, 103; S. D'Ancona, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 537; M. Renna, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 649; R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1319; P. Provenzano, *Riassumendo sulla d.i.a.*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1152; F. Takanen, *La Dichiarazione di inizio attività e la tutela del terzo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 169; M.A. Sandulli, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione "a rischio"*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 465; P. Lazzara, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 679; E. Zampetti, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'Adunanza Plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. amm.*, 2011, 811; M.L. Caruso, *La "s.c.i.a.": natura giuridica, tutela del terzo ed ambito applicativo della nuova segnalazione certificata di inizio attività alla luce delle riforme legislative e nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2012, 526; G. Fonderico, *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*,

Tralasciando i numerosi profili di criticità che caratterizzano questo istituto, l'aspetto che rileva maggiormente, ai fini del tema oggetto del presente lavoro, è l'effetto di sostituzione dei regimi di autorizzazione preventiva dei pubblici poteri (*ex ante*) con controlli successivi rispetto all'avvio delle attività dei privati (*ex post*)<sup>45</sup>.

Questi ultimi, alla luce della disposizione normativa ad oggi vigente, di regola, devono intervenire entro sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione. Entro tale termine, l'amministrazione ha il potere di adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi, ovvero, qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, invitare il privato a provvedere, prescrivendo le misure necessarie. Solo in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa, nelle more dell'adeguamento da parte del privato<sup>46</sup>.

Decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio, il potere di controllo amministrativo si può manifestare mediante provvedimenti repressivi, adottabili solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*, ossia, se sussistono ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque, non superiore a dodici mesi, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati<sup>47</sup>.

Tra le numerose questioni problematiche che si è tentato di risolvere in sede legislativa o giurisprudenziale, sembra rimasto piuttosto marginale il tema della consistenza, doverosità e modalità dell'attività di controllo successivo da parte delle amministrazioni sulle segnalazioni dei privati. In altre parole, non sembra essere stato chiarito se l'amministrazione sia sempre te-

2012, 19; L. Gizzi, *Scia e tutela del terzo: brevi considerazioni alla luce della legge Madia e dei decreti attuativi*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 112; L. Bertozzi, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 711; F. Liguori, *La "parentesi amministrativa" della s.c.i.a. e le tutele del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 4.

<sup>45</sup> M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*<sup>5</sup>, Torino, Giappichelli, 287. Si v., altresì, W. Giulietti, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Dir. econ.*, 2012, 113.

<sup>46</sup> Art. 19, c. 3, l. del 7 agosto 1990, n. 241, «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», come modificato dall'art. 25, c. 1, lett. *b-bis*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv., con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, successivamente, sostituito dall'art. 6, c. 1, lett. *a*), l. 7 agosto 2015, n. 124, e ancora modificato dall'art. 3, c. 2, lett. *b*), punto 2), d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126.

<sup>47</sup> Art. 19, c. 3, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 6, c. 1, lett. *a*), d.l. 13 agosto 2011, n. 138; dall'art. 19-*bis*, c. 3, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, conv., con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 116 e, da ultimo, sostituito dall'art. 6, c. 1, lett. *a*), l. n. 124/2015.

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

nuta ad effettuare una verifica a tappeto su tutte le SCIA presentate e su tutta la documentazione ad esse allegata, ovvero, se si possa pianificare il controllo, indirizzandolo verso le situazioni a maggior rischio, in un'ottica di effettività e proporzionalità.

Il tema è stato toccato, in via indiretta, ad esempio, per quanto concerne il potere dei terzi controinteressati di sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e dei relativi mezzi di tutela in caso di inerzia<sup>48</sup>. La previsione di tale strumento sembrerebbe presupporre un margine di discrezionalità in capo all'amministrazione sulla possibilità di effettuare o meno verifiche *ex post* e su come indirizzare l'attività di controllo.

Ciò, peraltro, appare coerente con il carattere vincolato degli atti sostituiti dalla SCIA e con la qualificazione di quest'ultima come atto del privato i cui effetti derivano direttamente dalla legge e non da un potere pubblico tacitamente esercitato<sup>49</sup> (come avviene per il silenzio assenso<sup>50</sup>) e che si innesta sull'«autoresponsabilità dell'amministrato che è legittimato (*rectius* costretto) ad agire in via autonoma (senza cioè la "copertura" del controllo preventivo, valutando sulla base delle proprie competenze e con l'eventuale supporto di propri consulenti l'effettiva sussistenza dei presupposti richiesti

<sup>48</sup> L'art. 19, c. 6-ter, l. n. 241/1990, aggiunto dall'art. 6, c. 1, lett. c), d.l. n. 138/2011, ha previsto che «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, c. 1, 2 e 3 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104». Sul tema si è recentemente pronunciata la Corte costituzionale, con sentenza 45 del 6 febbraio 2019.

<sup>49</sup> Secondo il giudice amministrativo, la principale caratteristica della SCIA risiede nella «sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti». In tal modo l'attività dichiarata può essere intrapresa senza il «bisogno di un consenso dell'amministrazione, surrogato dall'assunzione di auto-responsabilità del privato, insito nella denuncia di inizio attività, costituente, a sua volta, atto soggettivamente ed oggettivamente privato» (Cons. St., ad. plen. 29 luglio 2011, n. 15).

<sup>50</sup> Si veda sul punto P. Lazzara, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 700, che ricorda che le misure di semplificazione dell'azione amministrativa sono «sovente utilizzate per il risultato della liberalizzazione delle attività economiche private». Quanto alla natura giuridica della SCIA, l'art. 19, c. 6-ter, l. n. 241/1990 ha precisato che la SCIA non costituisce un provvedimento tacito della pubblica amministrazione. Sul punto si vedano G. Vesperini, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 655; L. Torchia, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, 404.

dalla normativa in vigore)»<sup>51</sup>. Il termine autoresponsabilità designa meccanismi che impongono agli interessati particolari oneri, a pena del mancato conseguimento delle finalità da essi desiderate<sup>52</sup>. Sebbene il «principio di autoresponsabilità», connesso alla presentazione della SCIA, risulti temperato dalla «persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata»<sup>53</sup>, nulla sembrerebbe vietare che l'attività di controllo possa essere pianificata e mirata, in base a criteri di rischio.

Nondimeno, la norma che fa salvi i poteri di controllo e di intervento anche successivamente al decorso di sessanta giorni, richiama la disposizione sull'annullamento d'ufficio, la quale, a sua volta, specifica che «rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo»<sup>54</sup>. Pertanto, sebbene la disciplina sull'autotutela decisoria imponga un'attenta ponderazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco, e, di conseguenza, uno standard motivazionale rinforzato in relazione alla prevalenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto sul legittimo affidamento nel frattempo ingenerato nel privato<sup>55</sup>, il suddetto inciso sembra poter incentivare atteggiamenti difensivi da parte del fun-

<sup>51</sup> M.A. Sandulli, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 473.

<sup>52</sup> S. Pugliatti, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 464.

<sup>53</sup> Cons. St., ad. plen. n. 15/2011.

<sup>54</sup> Art. 21-*nomies*, c. 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, c. 1, lett. b-*quater*), numeri 1) e 2), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv., con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, successivamente, dall'art. 6, c. 1, lett. d), numero 1), l. n. 124/2015 e da ultimo dall'art. 63, c. 1, d.l. n. 77/2021, conv. con modificazioni dalla l. n. 108/2021.

<sup>55</sup> Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, la motivazione dei provvedimenti di annullamento d'ufficio «non può risolversi nella tautologica ripetizione degli interessi sottesi alla disposizione normativa la cui violazione avrebbe integrato l'illegittimità dell'atto oggetto del procedimento di autotutela» (Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2017, n. 4626; in senso conforme, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 28 agosto 2018, n. 5276), ma deve spingersi fino all'argomentata indicazione delle specifiche e concrete esigenze pubblicistiche che impongono l'eliminazione d'ufficio dell'atto viziato (Cons. St., sez. VI, n. 341/2017; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 5366/2017; Cons. St., sez. VI, n. 3462/2017; TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 3004/2018). Si v., altresì, Cons. St., ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, dove si chiarisce che «l'onere motivazionale in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto – che tenga altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti – grava sempre sull'amministrazione e non può ritenersi escluso neppure con riferimento a provvedimenti per la cui rimozione sussista un interesse pubblico in *re ipsa*, considerata la necessità di «responsabilizzare le amministrazioni all'adozione di un contegno chiaro e lineare [...] nonché sull'obbligo di serbare [...] un atteggiamento basato sul generale principio di *clare loqui*».

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

zionario pubblico, sul quale incombe la responsabilità da mancato esercizio dell'autotutela rispetto ad eventuali illegittimità<sup>56</sup>.

### 3.2. Autocertificazioni e decertificazioni

Al di fuori dei provvedimenti sostituiti dalla SCIA, le verifiche, gli accertamenti, le valutazioni tecniche per esaminare la conformità delle istanze dei privati ai presupposti di legge per l'adozione del provvedimento favorevole, compresi nella nozione di controllo, si attuano prevalentemente nell'ambito dell'istruttoria procedimentale<sup>57</sup>. In ottica di semplificazione e razionalizzazione dell'azione dei pubblici poteri, qualora la documentazione posta alla base delle decisioni amministrative abbia natura certificativa di atti, fatti, qualità e stati soggettivi<sup>58</sup>, è stato previsto che questa debba essere acquisita d'ufficio dall'amministrazione precedente, se in suo possesso, o di altra amministrazione, ovvero, sostituita da forme di autocertificazione da parte del privato<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Sul tema della burocrazia difensiva, si vedano A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini, V. Bontempi, M.P. Chiti, F. Decarolis, S. Mento, A. Pincini, A. Pirri Valentini e G. Sabato, *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 4, in corso di pubblicazione; Forum PA, *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo? Una ricerca FPA*, Annual Report 2016, 23-25 maggio 2017, reperibile al seguente link <https://www.forumpa.it/riforma-pa/burocrazia-difensiva-come-ne-usciamo-una-ricerca-di-fpa/>; S. Battini e F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293; M. Cafagno, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 35; G. Bottino, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Anal. giur. econ.*, 2020, 117-146.

<sup>57</sup> Si v. in proposito M. De Benedetto, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008.

<sup>58</sup> Gli atti sostituiti da autocertificazione sono riconducibili a quelli che la dottrina ha definito atti amministrativi di certazione (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., II, 964 e ss.) Le dichiarazioni sostitutive possono riguardare un fatto accertato da soggetti titolari di funzioni pubbliche (dichiarazione sostitutiva di certificazione), ovvero, fatti che siano a diretta conoscenza del privato (dati anagrafici, requisiti, qualità...) (dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà). Si veda sul punto M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit. 271 ss.

<sup>59</sup> Si v. l'art. 18, l. n. 241/1990, che richiama il decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445-Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (Testo A) (T.U. documentazione amministrativa). Per una ricostruzione dell'istituto, si v. M. Occhiena, *Autocertificazione*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 873 ss. È stato recentemente osservato come il campo di applicazione del modello dell'autocertificazione abbia subito un ampliamento rispetto alla mera attestazione di dati oggettivi. Di recente, si è teso ad applicarlo con riferimento a elementi che presentano dei margini di discrezionalità valutativa, rimettendo al privato il compito di interpretare la normativa. Un esempio di tale fenomeno è stato

Nel caso delle autocertificazioni, il problema dei controlli *ex post* si presenta in termini parzialmente simili rispetto al caso della SCIA. Anche in questo caso, infatti, si produce un trasferimento in capo al privato della responsabilità rispetto alla rispondenza tra la situazione di fatto e i requisiti richiesti dalla normativa vigente.

Le misure adottate successivamente alla crisi pandemica hanno rafforzato il ruolo delle “decertificazioni” (acquisizioni d’ufficio dei documenti in possesso della p.a.) e delle autocertificazioni<sup>60</sup>. Queste ultime sono state indicate come sostitutive di ogni tipo di documentazione comprovante i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento, in tutti i procedimenti avviati su istanza di parte, aventi ad oggetto l’erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni, da parte di pubbliche amministrazioni ovvero il rilascio di autorizzazioni e nulla osta comunque denominati<sup>61</sup>.

In questo caso, la normativa post-emergenziale è intervenuta espressamente sul relativo sistema dei controlli. Sotto quest’ultimo profilo, è stato previsto che «le amministrazioni precedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione in misura proporzionale al rischio e all’entità

tratto dall’ambito della legislazione in materia di emergenza sanitaria COVID-19, dove l’ampio utilizzo di concetti giuridici indeterminati dai provvedimenti restrittivi (come, ad esempio, quello di prossimo “congiunto”) lasciava discrezionalità ermeneutica al soggetto tenuto a presentare l’autocertificazione. Si veda, sul punto, M.A. Sandulli, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l’acquisizione d’ufficio* (art. 18, l. n. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.), in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2020, 181 ss.

<sup>60</sup> Sulle misure di semplificazione relative alle autocertificazioni, adottate in risposta alla crisi pandemica, si veda A. Giurickovic Dato, *L’inattuazione dei principi di “autocertificazione” e “decertificazione” tra digitalizzazione ed emergenza*, in *Ceridap, Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2021, 3.

<sup>61</sup> All’esito della riforma, all’art. 18, l. n. 241/1990, è stato aggiunto un nuovo comma, il 3-bis che così dispone «Nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l’erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni, da parte di pubbliche amministrazioni ovvero il rilascio di autorizzazioni e nulla osta comunque denominati, le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, ovvero l’acquisizione di dati e documenti di cui ai commi 2 e 3, sostituiscono ogni tipo di documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento, fatto comunque salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159», inserito dall’art. 12, c. 1, lett. h), n. 2), d.l. n. 76/2020, conv., con modificazioni, dalla l. n. 120/2020.

## **liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori**

del beneficio, e nei casi di ragionevole dubbio»<sup>62</sup>, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, anche successivamente all'erogazione dei benefici. È previsto, inoltre, che i controlli siano effettuati consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante o di altre amministrazioni, secondo il principio per il quale le amministrazioni pubbliche sono tenute ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive. Infine, in conformità al principio di leale collaborazione, è stabilito che le mere irregolarità od omissioni, non costituenti falsità, possano essere regolarizzate dall'interessato, su indicazione del funzionario competente<sup>63</sup>.

Tuttavia, il potere di controllo da parte dell'amministrazione pubblica è considerato dalla giurisprudenza in modo analogo al controllo effettuato nell'ambito dell'istruttoria procedimentale<sup>64</sup>, e le dichiarazioni sostitutive non sono sufficienti a fornire prova in giudizio dei fatti in esse attestati, «potendo costituire solo indizi che, in mancanza di altri elementi nuovi, precisi e concordanti, non risultano ex se idonei a scalfire l'attività istruttoria dell'amministrazione»<sup>65</sup>.

Le suddette innovazioni legislative rendono necessario un approfondimento sul tema dei controlli svolti dall'amministrazione sui privati, con particolare riferimento al contenuto delle autocertificazioni e della documentazione presentata in sede di SCIA, volto a definire più compiutamente quali siano i reali margini per orientare in base a criteri di rischio le verifiche *ex post*, concretizzando la generica espressione introdotta dal legislatore «anche a campione in misura proporzionale al rischio e all'entità del beneficio».

### **4. La razionalizzazione dei controlli sui privati, con particolare riferimento ai controlli documentali rispetto alle attività economiche private**

Il sistema dei controlli documentali è pervasivo nel diritto amministrativo italiano. La maggioranza dei provvedimenti amministrativi si fonda su presupposti documentali, accertati dalla p.a. precedente. Qualora gli elementi documentali siano forniti dal privato, come nelle ipotesi sopra menzionate,

<sup>62</sup> Art. 71, c. 1, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, sostituito dall'art. 264, c. 2, lett. a), n. 1, d.l. n. 34/2020, n. 34, conv., con modificazioni, dalla l. n. 77/2020.

<sup>63</sup> Art. 71, c.3, d.P.R. n. 445/2000. Sul principio di leale collaborazione, si v. G. Tacogna, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 1313.

<sup>64</sup> Si v. sul punto Cass. civ. sez. trib., 9 febbraio 2021, n. 3072.

<sup>65</sup> Cons. St., sez.VI, 18 maggio 2021, n. 3853; Cons. St., sez. II, 4 maggio 2020, n. 2838.

accanto al problema di ridurre gli oneri burocratici per gli amministratori, si pone l'esigenza di assicurare la semplificazione degli adempimenti legati all'attività di controllo e di garantire, al contempo, l'efficace tutela degli interessi pubblici.

La gestione della crisi sanitaria provocata dal nuovo Coronavirus ha confermato il ruolo fondamentale degli strumenti amministrativi di controllo, volti ad orientare il comportamento di cittadini ed imprese al rispetto delle misure normative e regolamentari adottate per affrontare l'emergenza. D'altra parte, come recentemente evidenziato dal Dipartimento della funzione pubblica, «quello dei controlli rappresenta un settore particolarmente critico in termini di oneri per le imprese, a causa dell'incertezza delle regole, della mancanza di proporzionalità e dello scarso coordinamento tra le numerose autorità coinvolte»<sup>66</sup>.

Ciò ha imposto un ripensamento dei parametri di pianificazione dei controlli sui privati, alla luce delle evidenze emerse dalla fase emergenziale, con l'obiettivo di favorire la ripresa e il rilancio delle attività economiche. Le misure adottate di recente dal Governo italiano mirano ad individuare modelli efficienti per garantire un adeguato livello di controllo, che risulti proporzionato ed efficace, in termini di incentivo alla *compliance*, in aderenza al principio di semplificazione, di riduzione degli oneri per i privati, ed al divieto di aggravamento dell'azione amministrativa.

In particolare, come anticipato, il disegno di legge annuale sulla concorrenza contiene una delega per semplificare i controlli sulle attività economiche, per evitare duplicazioni, favorire la programmazione dei controlli stessi e consentire lo scambio delle informazioni da parte dei soggetti che svolgono funzioni di controllo (anche attraverso l'interoperabilità delle banche dati<sup>67</sup>) affinché siano più efficaci ed efficienti. I criteri direttivi della delega si ispirano ai principi di liberalizzazione (eliminazione degli adempimenti non funzionali alla tutela degli interessi pubblici), di semplificazione, di proporzionalità degli interventi, di coordinamento, programmazione dei controlli e scambio di informazioni tra le p.a. competenti, divieto di richieste di documenti e informazioni già in possesso dell'amministrazione, e di promozione della *compliance*.

È previsto che la definizione dei contenuti, modalità e frequenza dei

<sup>66</sup> [http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Allegato\\_1\\_Agenda\\_Semplificazione\\_2020-2023.pdf](http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Allegato_1_Agenda_Semplificazione_2020-2023.pdf) 14-15. Sul tema si v. anche F. Blanc, *Regulatory Delivery, Trust and Distrust-Avoiding Vicious Circles*, in *The Crisis of Confidence in Legislation*, a cura di M. De Benedetto, N. Lupo e N. Rangone, Hart publishing, 2021, 307-334.

<sup>67</sup> Sul tema si v. A. Sandulli, *Lo «Stato digitale» pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 513.

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

controlli sia programmata secondo principi di efficacia, efficienza e proporzionalità, anche sulla base dell'esito delle verifiche e delle ispezioni pregresse e delle informazioni in possesso delle amministrazioni competenti. Tra i meccanismi di incentivo all'ottemperanza, è prevista la trasparenza e conoscibilità degli obblighi e degli adempimenti che le imprese devono rispettare, nonché dei processi e metodi relativi ai controlli, per mezzo di strumenti standardizzati e orientati alla gestione dei rischi (quali liste di verifica, manuali e linee guida e indirizzi uniformi), il ricorso alla diffida e meccanismi di collaborazione tra soggetti attivi e passivi del controllo e di valorizzazione dei comportamenti virtuosi, anche attraverso strumenti premiali.

L'obiettivo è incrementare l'effettività dei controlli, conseguendo, al contempo, un risparmio di risorse pubbliche e una rimozione di inutili oneri e freni allo svolgimento dell'attività di impresa.

Le previsioni contenute del disegno di legge delega appaiono ispirate alle migliori pratiche internazionali e locali in materia di semplificazione ed efficientamento dei controlli. Le raccomandazioni delle istituzioni sovranazionali, quali la Banca Mondiale<sup>68</sup> e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)<sup>69</sup>, hanno evidenziato che, per ottenere un

<sup>68</sup> La Banca mondiale ha evidenziato alcune criticità del sistema dei controlli legate, ad esempio, alla frammentarietà e duplicazione dei meccanismi di controllo previsti da diverse discipline di settore; alla scarsa chiarezza delle indicazioni alle imprese sulle modalità per conformarsi agli obblighi; all'insufficiente professionalità e formazione del personale addetto all'attività ispettiva; alla scarsa trasparenza e all'eccessiva discrezionalità legate alle procedure ispettive; all'assenza di una cultura del controllo orientata al rischio. Si v. *World Bank Group, Good Practices for Business Inspections. Guidelines for Reformers*, Washington, DC, 2006, reperibile al seguente link <http://documents.worldbank.org/curated/en/286811468329950178/pdf/391170Business0Inspections01PUBLIC1.pdf>; F. Blanc e M. Leseur, Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group, *How to Reform Business Inspections. Design, Implementation, Challenges*, January 2011.

<sup>69</sup> Nell'ambito delle raccomandazioni ai governi nazionali fornite dal Consiglio dell'Ocse per migliorare la qualità della regolazione (Oecd, *Regulatory Policy Committee, Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, Oecd Publishing, Parigi, 2012, reperibile al seguente link <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf>) sono state predisposte apposite linee guida, contenenti principi finalizzati ad aumentare l'effettività della regolazione mediante una maggiore efficacia della fase di enforcement e, segnatamente, dell'attività ispettiva (OECD, *Best Practice Principles for Improving Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Publishing, Parigi, 2014, reperibile al seguente link [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-enforcement-and-inspections\\_9789264208117-en#page3](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-enforcement-and-inspections_9789264208117-en#page3)). Il documento è stato predisposto sulla base di un'estesa ricerca sulle prassi dei paesi membri e non dell'Ocse, a seguito di una consultazione pubblica con gli interessati e della presentazione di due documenti di esperti al settimo incontro dell'Oecd Regulatory Policy Principles nel novembre 2012, J. Monk, *Reform of Regulatory Enforcement and Inspections*

buon livello di osservanza degli obblighi imposti ai privati (*compliance*), l'utilizzo di strumenti coercitivi andrebbe limitato, in favore di approcci differenziati e cooperativi (*responsive*), che tengano conto delle scienze comportamentali (*behavioural insights*), con una contestuale riduzione della spesa pubblica e degli oneri amministrativi per i privati. Pertanto, è stato suggerito che i controlli, soprattutto qualora contemplino strumenti particolarmente invasivi rispetto alle libertà personali, siano pianificati secondo il principio di proporzionalità, sulla base di una preventiva analisi di rischio, stabilendo anticipatamente gli obiettivi e i criteri dell'azione amministrativa e circoscrivendo gli interventi sulle attività che presentano maggiori probabilità di violazioni.

Le misure attualmente proposte dal Governo italiano, anche in questo contesto, richiamano principi affermatasi successivamente alla crisi economico-finanziaria del 2008. Direttive di semplificazione e riduzione dei controlli sulle imprese erano state impartite già nel 2012, con l'affermazione del principio della programmazione dei controlli in base alla «proporzionalità dei controlli al rischio inerente all'attività controllata, nonché alle esigenze di tutela degli interessi pubblici»<sup>70</sup>. Nei successivi *dossier* e linee guida sui controlli adottati dal Dipartimento della funzione pubblica si auspicava il «superamento del tradizionale paradigma metodologico basato esclusivamente su tempistiche fisse e su selezioni casuali delle imprese da controllare», in favore di una programmazione differenziata a seconda del rischio dell'attività interessata<sup>71</sup>, ossia della valutazione della probabilità di violazione degli obblighi e della rilevanza dell'impatto di tale inosservanza sull'interesse generale tutelato<sup>72</sup>. I documenti citati hanno dato conto di alcuni aspetti critici del sistema di controlli sulle attività private in Italia, tra i quali la frammentazione e la complessità del sistema normativo e l'insufficiente coordinamento tra autorità di controllo, con inutili duplicazioni di attività.

L'idea di fondo è sempre riconducibile all'esigenza di una complessiva razionalizzazione del sistema, al fine di rendere l'attività di controllo idonea a garantire il sostanziale adempimento degli obblighi discendenti dalle deci-

in *Oecd Countries* e F. Blanc, *Inspections Reforms: Why, How and With What Results*, reperibili al seguente link [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>70</sup> Art. 14, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. in l. 4 aprile 2012, n. 35.

<sup>71</sup> Dipartimento della funzione pubblica, *Linee guida in materia di Controlli ai sensi dell'art. 14, comma 5 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5 convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35*, 24 gennaio 2013.

<sup>72</sup> Dipartimento della funzione pubblica, Ufficio per la semplificazione amministrativa, *Dossier: i controlli*, 3 settembre 2012.

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

sioni amministrative da parte dei soggetti controllati, in un'ottica di effettività dell'azione amministrativa<sup>73</sup>.

### 5. Conclusioni: liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori e razionalizzazione dei controlli *ex post*: paradosso o opportunità?

Il processo di integrazione europea ha significativamente ridotto gli ambiti di attività privata nei quali l'intervento pubblico risulti giustificato. Le misure adottate in Italia nel periodo successivo alla crisi economico finanziaria del 2008 hanno subordinato l'esercizio del potere di controllo preventivo, di tipo autorizzatorio, alla presenza di motivi imperativi di interesse generale, costituzionalmente tutelati. Analogamente, le disposizioni attualmente proposte dal Governo italiano per il rilancio dell'economia, a fronte della recessione legata alla gestione dell'emergenza sanitaria, prevedono importanti misure di liberalizzazione, di semplificazione e di razionalizzazione dei controlli amministrativi sulle attività private.

In questo lavoro, ci si è soffermati su alcune forme di sostituzione della funzione di autorizzazione preventiva con attività certificativa da parte del privato (come il caso della SCIA e delle autocertificazioni). In questi casi, il quadro normativo e giurisprudenziale non sembra fornire indicazioni univoche sul raccordo tra le misure di liberalizzazione amministrativa e quelle di semplificazione dell'attività di controllo *ex post* da parte della p.a. Sebbene il legislatore abbia, di recente, espressamente introdotto un principio di proporzionalità al rischio dei controlli sulle dichiarazioni sostitutive volte all'erogazione di benefici economici, occorre comprendere la reale portata della disposizione e la sua eventuale estendibilità alle altre ipotesi di auto-certificazione.

<sup>73</sup> Come chiarito in dottrina, «esistono sul piano dell'effettività gli strumenti necessari alla ricerca e alla determinazione sistematica di soluzioni più adeguate, più miti, cioè a dire equilibrate e *proporzionate* nella relazione fra *mezzi* e *fini* specie guardando all'equilibrio fra *costi* e *benefici*» (S. Cognetti, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011, 186). Per una definizione di effettività dell'azione amministrativa si veda M. D'Alberti, *L'effettività e il diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 244-245. Sul tema generale dell'effettività dei controlli sui privati, si v. M. De Benedetto, *Effective Law from a Regulatory and Administrative Law Perspective*, in 3 *European Journal of Risk Regulation* (2018), 391-415; ID., *Controlli della pubblica amministrazione sui privati: disfunzioni e rimedi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 855-881. Sia consentito rinviare, altresì, a L. Lorenzoni, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 3, 780.

La pianificazione dei controlli secondo il principio di proporzionalità ed efficacia si fonda sulla consapevolezza che gli interventi mirati ad eliminare completamente un pericolo sarebbero eccessivamente costosi, creerebbero a loro volta rischi e distoglierebbero i pubblici poteri da altri compiti<sup>74</sup>. La progressiva estensione della nozione di controllo ha implicato la necessità di introdurre considerazioni di costi e benefici volte a selezionare gli ambiti di applicazione dei controlli, con la consapevolezza dell'ineluttabile grado di errore intrinseco al controllo, «per correggere il quale sarebbe sempre necessario prevedere un livello ulteriore di controllo»<sup>75</sup>. La programmazione dei controlli mira, pertanto, a sostituire un rischio inaccettabile con uno accettabile, al fine di ridurre gli interventi inutili o sproporzionati<sup>76</sup>. Le decisioni sulle priorità da assegnare nell'attività di controllo, per quanto sottoposte ad un procedimento formale e a criteri predeterminati, implicano inevitabilmente valutazioni di tipo qualitativo sulla soglia di tollerabilità del rischio<sup>77</sup> e presuppongono una decisione discrezionale<sup>78</sup> che può essere effettuata a monte dal legislatore, ovvero, affidata all'amministrazione<sup>79</sup>.

Nel caso delle attività liberalizzate, ovvero sostituite da regimi di autocertificazione, la valutazione "politica" sulla tollerabilità del rischio risulta

<sup>74</sup> La dottrina ha da tempo evidenziato come la tradizione giuridica continentale, a differenza di quella angloamericana, tendesse a non attribuire sufficiente rilievo alle concrete modalità mediante le quali avviene la ponderazione degli interessi nell'esercizio delle potestà di controllo da parte delle pubbliche autorità. Cfr. M.S. Giannini, *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli*, Relazione di sintesi, Atti del XXXIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, 1991, in *Scritti*, IX, Milano, Giuffrè, 2006, 88-99.

<sup>75</sup> M. De Benedetto, *Controlli*, II) *Controlli amministrativi*, cit. 1.

<sup>76</sup> «La concretizzazione del concetto elastico di pericolo, che precede l'eventuale bilanciamento con altri valori ed esigenze, non può prescindere – in applicazione del principio di precauzione – dalla previa determinazione di una soglia accettabile di rischio» (S. Cognetti, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011, 78). Si v. anche V. Heyvaert, *Governing Climate Change: Towards a New Paradigm for Risk Regulation*, in 6 *The Modern Law Review* (2011), 820.

<sup>77</sup> R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, cit., 286.

<sup>78</sup> Come chiarito in dottrina, «la valutazione e la scelta sono a loro volta strettamente legate ad una scala di valori o, se si preferisce, alla compresenza di interessi pubblici potenzialmente confliggenti fra i quali si deve compiere un'opzione» (G. Corso, *La valutazione del rischio ambientale*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Grossi, Torino, Giappichelli, 2008, 164).

<sup>79</sup> Come chiarito in dottrina, «la valutazione preventiva del rischio può essere effettuata, ed esaurirsi a livello legislativo, con la indicazione dei presupposti in presenza dei quali il consenso dell'autorità amministrativa deve essere [...]. In altri casi la legge rimanda all'autorità amministrativa per la valutazione del rischio. Assume cioè che un'attività privata sia fonte di rischi (per gli altri), ma richiede nello stesso tempo che la valutazione debba essere fatta in concreto dall'amministrazione» (G. Corso, *La valutazione del rischio ambientale*, cit. 160-161).

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

effettuata a monte dal legislatore che, su impulso del diritto europeo, ha attribuito prevalenza alla libertà di iniziativa economica privata, in determinate attività e in assenza di motivi imperativi di interesse pubblico, rispetto all'esigenza di controllo autoritativo da parte della p.a. Peraltro, le recenti misure, volte a mappare i procedimenti oggetto di semplificazione o di liberalizzazione, sembrano rappresentare una importante opportunità per chiarire e rendere esplicita la valutazione effettuata dal legislatore sull'impatto delle attività in essi previste sul pubblico interesse (e quindi sul livello di rischio che esse pongono) e sulla relativa tollerabilità, alla stregua dei parametri imposti dal diritto europeo<sup>80</sup>.

A livello teorico, pertanto, la liberalizzazione amministrativa sembra implicare necessariamente la possibilità per la p.a. di modulare l'attività di controllo successivo, secondo principi di proporzionalità, efficienza ed effettività, e il dovere di pianificare quest'ultima, in base a parametri prestabiliti, oggettivi e misurabili<sup>81</sup>.

Appare necessario, tuttavia, distinguere l'attività di controllo sulle attività oggetto di SCIA, riconducibili ai controlli puntuali sul rispetto di obblighi generali previsti dalla legge, da quella relativa alla documentazione amministrativa necessaria all'attribuzione di utilità pubbliche<sup>82</sup>.

Per quanto concerne la prima categoria, una volta sottratta all'inerenza all'interesse pubblico, l'attività liberalizzata dovrebbe essere considerata alla stregua delle comuni attività private, sulle quali l'attivazione del potere di controllo non solo è spostata ad un momento successivo al relativo avviamento, ma dovrebbe essere affidata ad appositi soggetti, dotati di specifica

<sup>80</sup> Anche nel contesto storico antecedente alle riforme amministrative di liberalizzazione, era chiara la distinzione tra i controlli nell'ambito di attività nelle quali l'amministrazione esercitava poteri di direzione o conformativi (come le autorizzazioni all'esercizio del credito) e quelli che appartenevano alla struttura del controllo-partecipazione (nell'ambito delle licenze di commercio, edilizie e simili): «l'autorità amministrativa è, in questi procedimenti, solo chiamata a decidere se siano osservate le regole a tutela dell'interesse pubblico, alle quali è condizionato il rilascio delle licenze» (M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, cit. 734-735).

<sup>81</sup> Come chiarito in dottrina, l'introduzione di una valutazione probabilistica preventiva nell'articolazione interna delle scelte poste in essere dalle pubbliche autorità, contribuisce ad aumentarne la trasparenza, l'effettività e la proporzionalità. Si v., sul punto, M. De Benedetto, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Il dir. econ.*, 2014, 197 ss. sul tema generale della predeterminazione delle decisioni amministrative si v. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

<sup>82</sup> Per la distinzione tra le due categorie di controlli si v. A. Moliterni, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, in *Dir. pubbl.* 2016, 191-246.

competenza tecnica, tenuti ad esercitarlo in modo trasparente, in base a criteri predeterminati<sup>83</sup>. L'assenza di una chiara disciplina dei controlli successivi rischia di trasformare le misure di liberalizzazione in una mera posticipazione dell'attività tipica dell'istruttoria amministrativa, con un incremento significativo della probabilità di ledere il legittimo affidamento del privato – nel frattempo abilitato a svolgere la propria attività e a sostenerne i costi – nonché di deresponsabilizzare l'amministrazione, titolare esclusivamente di un potere repressivo in caso di inadempienze del privato, in carenza delle garanzie tipiche dell'istruttoria procedimentale.

Diversamente, per quanto concerne l'erogazione di benefici economici, sebbene il diritto positivo abbia introdotto la possibilità di controlli a campione proporzionali al rischio, le misure di semplificazione dei controlli sembrano richiedere una particolare cautela. In questo ambito, il controllo sull'attività privata si inserisce «all'interno di una funzione di amministrazione che ha attribuito una utilità al privato»<sup>84</sup>. Pertanto, anche ove sia semplificato o liberalizzato il procedimento di affidamento del beneficio, il controllo successivo si intreccia inevitabilmente con il sistema di controlli amministrativi sull'utilizzo di risorse pubbliche. Quest'ultimo risulta, oltretutto, rafforzato qualora si tratti di fondi derivanti da finanziamenti europei (come nel caso delle risorse previste nel PNRR). Il rapporto tra il controllo documentale sulle istanze dei privati e quello sulla spendita di denaro pubblico richiederebbe un approfondimento che va ben al di là del campo di indagine del presente contributo. Ci si limita, in questa sede, al tentativo di fornire spunti di riflessione sul significato di razionalizzazione dei controlli sui privati e sulla compatibilità, quantomeno teorica, di quest'ultima con le disposizioni di liberalizzazione e semplificazione amministrativa.

La razionalizzazione dei controlli sui privati si fonda sull'idea che, per incentivare l'osservanza degli obblighi e il rispetto dei requisiti imposti ai privati, non sia indispensabile ricorrere a strumenti amministrativi tradizionali di *command and control*, ma sia opportuno prediligere meccanismi alternativi, come l'utilizzo di dinamiche di mercato, di informazione, di certificazione volontaria, di regolazione asimmetrica e di responsabilità civile. Questi ultimi si sono mostrati, nell'evidenza empirica, maggiormente efficaci ad assicurare l'adempimento da parte dei privati<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Sull'esigenza di «distinguere più nettamente le responsabilità e le competenze degli uffici preposti alla fase di amministrazione attiva da quelli preposti al controllo, ancorché incardinati nella stessa amministrazione», si v. da A. Moliterni, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, cit., 224.

<sup>84</sup> A. Moliterni, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, cit., 217.

<sup>85</sup> OECD, *Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regu-*

## liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti autorizzatori

In questo senso si pongono le disposizioni che fissano criteri di previa individuazione, trasparenza e conoscibilità degli obblighi e degli adempimenti che le imprese devono rispettare per ottemperare alle disposizioni normative; la previa indicazione dei processi e metodi di controllo; l'utilizzo di strumenti standardizzati e orientati alla gestione dei rischi (quali liste di verifica, manuali e linee guida e indirizzi uniformi); la previa diffida, gli strumenti di collaborazione tra le amministrazioni e i soggetti controllati, i meccanismi premiali e così via. Analogamente, il coordinamento e la programmazione dei controlli da parte delle amministrazioni e la condivisione delle informazioni mediante l'armonizzazione delle banche dati, mirano ad evitare inutili duplicazioni e sovrapposizioni. Nella medesima direzione, l'attività di verifica e valutazione degli esiti dell'attività di controllo in termini di efficacia, efficienza e sostenibilità, costituisce un elemento essenziale per la pianificazione dei controlli futuri, evitando il pericolo che attività ad alto rischio sfuggano dal controllo a causa della visione retrospettiva dei modelli di pianificazione<sup>86</sup>.

In conclusione, la semplificazione dei controlli sui privati non attiene alla loro maggiore o minore intensità, bensì alla relativa effettività, in termini di disincentivo all'inosservanza delle disposizioni normative e regolatorie. Il criterio di misurazione dell'efficacia della funzione di controllo, pertanto, non dovrebbe basarsi su basi quantitative, ossia sulla quantità di ipotesi di irregolarità riscontrate, bensì, sull'aspetto qualitativo, mirato ad individuare il contributo dell'attività di controllo alla realizzazione dell'obiettivo di incentivare l'osservanza, rispetto ad altri strumenti collaborativi, volti a rendere chiari e semplici gli adempimenti cui sono tenuti i cittadini e le imprese.

Interpretate in questa prospettiva, le disposizioni sulla razionalizzazione dei controlli amministrativi sui privati, recentemente proposte dal governo italiano, appaiono non solo compatibili, bensì, indispensabili al fine di realizzare in concreto gli obiettivi di liberalizzazione amministrativa e di semplificazione che da oltre un decennio ispirano gli interventi normativi sull'attività amministrativa.

*latory Policy*, cit. 23-26. Si v. sul punto F. Blanc, *Tools for Effective Regulation: Is "More" Always "Better"?*, in 9 *European Journal of Risk Regulation* (2018), 465-482.

<sup>86</sup> Si è parlato a tal proposito di *model myopia*, ossia di un modello che induce i regolatori a focalizzarsi esclusivamente sui rischi individuati sulla base dei dati storici, riducendone la capacità di contrastare rischi futuri. Si v. sul punto J. Black e R. Baldwin, *Really Responsive Risk-Based Regulation*, in 2 *Law & Policy* (2010), 206.

*Abstract*

*The essay questions the connections between the measures of administrative liberalisation and those of simplification of controls on private activities by the p.a. The work focuses on some forms of replacement of prior authorisation with certification activities by the private party (such as the case of the SCIA and self-certifications) and on the possibility for the public administration to target subsequent controls, according to principles of efficiency and effectiveness, planning them on the basis of pre-established, objective and measurable parameters.*

## LA RIGENERAZIONE URBANA COME STRATEGIA DI RIPRESA E RESILIENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rigenerazione urbana nella missione n. 5 del PNRR. – 3. Le recenti iniziative legislative statali. – 4. (*segue*) Il testo del disegno di legge unificato recante «misure per la rigenerazione urbana» – 5. (*segue*) Il “nuovo” bando periferie. – 6. Conclusioni: «rapidità», «esattezza» e «amministrazione di risultato».

### 1. Premessa

Nell’ultimo decennio specialmente, i territori sono divenuti veri e propri laboratori di politiche e pratiche amministrative in cui la protezione del suolo come bene comune<sup>1</sup>, il rammendo delle periferie<sup>2</sup>, il riuso e la riqualificazione dell’esistente, la riattivazione dei patrimoni dismessi sono state le parole chiave attraverso le quali provare a costruire, attraverso di essi, «una prospettiva credibile per il nostro Paese»<sup>3</sup>, nella progressiva acquisizione di consapevolezza di quanto le dinamiche territoriali siano essenziali per la garanzia di diritti fondamentali, non solo (e non tanto) nella sfera individuale del singolo quanto (e soprattutto) nella sua dimensione sociale. L’urbanistica ha iniziato, anche nella pratica giurisprudenziale – nel terreno cioè, del più classico degli scontri fra rendita e interesse collettivo – a configurarsi non più come la sola disciplina coordinata dell’edificazione dei suoli – secondo

<sup>1</sup> Si v. E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, a cura di P. Urbani, Torino, Giappichelli, 2011, 69.

<sup>2</sup> Soprattutto all’indomani della sua riproposizione da parte di R. Piano, *Il rammendo delle periferie*, in *Il Sole 24 ore*, 26 gennaio 2014; l’idea del rammendo e della ricucitura delle periferie interne ed esterne della città era infatti già presente in B. Secchi, *Cucire e Legare*, in *Casabella*, n.490. aprile 1983. Alle periferie è dedicato anche il volume *Periferie e diritti fondamentali*, a cura di M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo e M. Brocca, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

<sup>3</sup> Riprendendo G. Pasqui, *Governo del territorio*, in ID., *Urbanistica oggi. Piccolo lessico critico*, Roma, Donzelli, 2017, 61.

una parziale lettura dell'art. 1 della l.f.u. – ma come una funzione che punta allo «sviluppo complessivo e armonico del territorio»<sup>4</sup>, in cui la pianificazione assume un ruolo essenziale «per la realizzazione temperata di una pluralità di differenti interessi pubblici, che trovano il loro fondamento in valori costituzionalmente garantiti»<sup>5</sup>.

Probabilmente, la formula di sintesi e di maggior successo per descrivere queste sperimentazioni è la rigenerazione urbana<sup>6</sup>, alla quale sono state ricondotte molte delle iniziative protagoniste di questa nuova stagione dell'urbanistica. Formula capace di racchiudere in sé più fenomeni restituendogli un significato unitario, la rigenerazione urbana è stata la via attraverso la quale legittimare una serie di iniziative legislative riconducibili a tre macro-ambiti, primo fra tutti quello legato al già menzionato “rammendo” delle periferie, ispiratore del primo “bando periferie” attivato con la legge di stabilità del 2016<sup>7</sup>, cioè un programma straordinario che aveva come obiettivi «la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città». La riattivazione e la restituzione di caratteri identitari a brani di città che ne fossero privi sottendeva l'ulteriore finalità di assicurare più elevati livelli di sicurezza urbana<sup>8</sup>, un «bene pubblico» di creazione legislativa che, seguendo il dettato della l. 18 aprile 2017, n. 48, può essere perseguito, fra l'altro, attraverso «interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati [...]».

La rigenerazione urbana è altresì divenuto il canale privilegiato per proporre politiche di sostenibilità ambientale, ponendosi come la risposta dei territori alle urgenze causate dalla crisi climatica ed ecologica: le leggi urbanistiche regionali di c.d. quarta generazione<sup>9</sup> nascono all'insegna del

<sup>4</sup> Si v. Cons. St., sez. II, 20 ottobre 2020, n. 6330.

<sup>5</sup> Si v. la recente C. cost., 6 ottobre 2021, n. 202, in cui la Corte espressamente accoglie e fa proprio un orientamento già espresso dalla giustizia amministrativa (si v. Cons. St., sez. IV, 9 maggio 2018, n. 2870). Sulla stessa linea, Cons. St., 10 maggio 2012, n. 2710, annotata da P. Urbani, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*. Si v. anche C. cost., 5 dicembre 2019, n. 254 in *Riv. giur. ed.*, 2020, n. 1, I, 3.

<sup>6</sup> Sul punto, sia consentito rinviare ad A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni, approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

<sup>7</sup> Art. 1, c. 974 l. 28 dicembre 2015, n. 208. Il “bando” è il d.P.C.M. 25 maggio 2016. In proposito, si v. E. Boscolo, *Le periferie e i fallimenti dell'urbanistica italiana*, in *Periferie e diritti fondamentali*, cit., 85.

<sup>8</sup> Si v. G. Tropea, *Periferie e sicurezza urbana*, in *Periferie e diritti fondamentali*, cit., 630.

<sup>9</sup> Ispirandosi alla periodizzazione dei piani regolatori proposta da G. Campos Venuti (*La terza generazione dell'urbanistica*, Milano, Franco Angeli, ed. agg., 1990) per lo studio dei piani regolatori generali. Per la riflessione giuridica, è utile il rinvio agli atti dei recenti convegni dell'Associazione italiana di diritto urbanistico: *Verso le leggi regionali di IV generazione*.

## la rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza

divieto del consumo di nuovo suolo, rispetto al quale, parafrasando la legge urbanistica della regione Toscana<sup>10</sup>, la rigenerazione urbana si pone come «alternativa strategica».

La rigenerazione urbana, infine, è stato l'obiettivo per ri-orientare anche gli interventi di rilancio dell'edilizia e dei settori a essa collegati, giustificando una serie di misure di semplificazione della disciplina dei titoli edilizi come pure una massiccia politica di incentivi fiscali. Una finalità "rigenerativa" è stata associata, infatti, a interventi come il c.d. superbonus centodieci per cento introdotto dal decreto rilancio del maggio 2020<sup>11</sup> che eleva al centodieci per cento l'aliquota di detrazione delle spese sostenute per specifici interventi in ambito di efficienza energetica, di interventi antisismici, di installazione di impianti fotovoltaici o delle infrastrutture per la ricarica di veicoli elettrici negli edifici o il bonus facciate<sup>12</sup> per interventi finalizzati al recupero o restauro della facciata esterna degli edifici ubicati nelle zone A e B.

A latere delle iniziative istituzionali, si è sviluppato un sistema di pratiche collaborative e informali che hanno animato la c.d. rigenerazione dal basso e che hanno avuto come protagonisti le città e i suoi «cittadini», formula con la quale si sono individuati coloro che, indipendentemente dal vincolo giuridico della residenza, di esse si "prendono cura" rivitalizzandone spazi, avviando iniziative culturali e talvolta anche forme di micro-welfare urbano. La valorizzazione del principio di sussidiarietà, unitamente alle potenzialità delle città come luogo ideale di sperimentazione delle teorie sui beni comuni<sup>13</sup>, hanno progressivamente condotto alla regolamentazione di tali prassi definite di «amministrazione condivisa», per descrivere un modello

Studi dal XXI Convegno nazionale, Varese, 28-29 settembre 2018, a cura di P. Stella Richter, Milano, Giuffrè, 2019; Id., *La nuova urbanistica regionale*. Studi del XXII Convegno nazionale Palermo, 27-28 ottobre 2019, Milano, Giuffrè, 2021.

<sup>10</sup> Si v. Art. 125, l.rg. 10 novembre 2014, n. 65.

<sup>11</sup> Si tratta del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

<sup>12</sup> Articolo 1, c. 219-224, l. n. 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio per il 2020).

<sup>13</sup> Con il diffondersi delle iniziative è aumentato anche l'interesse della dottrina per il tema. Per riassumere l'evoluzione del dibattito e dei temi di ricerca è utile una rassegna dei volumi collettanei a esso dedicati, a partire da *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio e F. Giglioli, Bologna, il Mulino, 2017; *Agenda RE - CYCLE, proposte per reinventare la città*, a cura di E. Fontanari e G. Piperata, Bologna, il Mulino, 2017, fino ai più recenti, si vedano i volumi collettanei di *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, a cura di P. Chirulli e C. Iaione, Napoli, Jovene, 2018 e di *Gestire i beni comuni urbani*, a cura di R.A. Albanese, E. Michelazzo e A. Quarta, Torino, Università degli Studi di Torino, 2020.

fondato sulla partecipazione e che «consente a cittadini e amministrazione di condividere risorse e responsabilità nell'interesse generale»<sup>14</sup>.

Avanti a questo mosaico composto da tessere che non sempre appaiono fra di loro facilmente assemblabili, la rigenerazione urbana rischia però di perdere la sua capacità di dare senso a strumenti e pratiche diverse; di finire fra gli slogan con cui, nel tempo, si è tentato di reindirizzare, non sempre con successo, alcune funzioni essenziali dell'amministrazione.

La riflessione, non solo giuridica, ormai da tempo avviata sui temi della rigenerazione urbana<sup>15</sup> ha però consentito di mettere bene in evidenza come essa riesca a essere parte integrante del nuovo modo di pensare l'urbanistica e contribuire allo «sviluppo complessivo e armonico del territorio» quando tutte quelle pratiche che in essa si riassumono siano in grado di ridurre le disuguaglianze territoriali, migliorando la qualità della vita e il contesto sociale e ambientale in cui vengono realizzate. A queste condizioni, anche le misure che appaiono più distanti, come ad esempio quelle per la riattivazione dell'edilizia, possono essere strumenti di rigenerazione quando, oltre a essere funzionali alla rivalutazione del patrimonio sia pubblico che privato, comportino benefici per la collettività e non finiscano per gravare su di essa.

Questa prospettiva, a ben vedere, è la chiave di lettura per comprendere come la rigenerazione rientri nella strategia di ripresa e di resilienza del Paese, nel quadro degli obiettivi fissati dal governo non solo per fronteggiare i più imminenti effetti sociali ed economici della crisi derivata dall'epidemia di Sars COVID-19 ma soprattutto per consegnare alle generazioni future, la *Next Generation EU*, «un Paese più moderno, all'interno di un'Europa più forte e solidale»<sup>16</sup>.

Le riflessioni che seguono si focalizzano su due obiettivi: il primo, delineare lo scenario in cui si inserisce la rigenerazione urbana quale strumento di ripresa e di resilienza; il secondo, correlato, individuare l'impegno richiesto al legislatore italiano per indirizzare le misure di rigenerazione urbana verso tali obiettivi.

<sup>14</sup> Testualmente, art. 2, c. 1. lett. a), l. rg. Lazio 26 giugno 2019, n. 10, sulla «Promozione dell'amministrazione condivisa dei beni comuni».

<sup>15</sup> Sia consentito rinviare ad A. Giusti, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, 439, per la rassegna bibliografica più recente.

<sup>16</sup> Sono le parole di M. Draghi nella *Premessa* al Piano nazionale di ripresa e resilienza nel testo pubblicato sul sito del governo italiano.

## 2. La rigenerazione urbana nella missione n. 5 del PNRR

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) individua nella rigenerazione urbana uno degli assi portanti della missione n. 5 «coesione e inclusione», alla quale è al contempo affidato un ruolo centrale per la realizzazione degli obiettivi trasversali del piano, cioè il sostegno all'*empowerment* femminile e il contrasto alle discriminazioni di genere, l'incremento delle prospettive occupazionali dei giovani, il riequilibrio territoriale e lo sviluppo del Mezzogiorno e delle aree interne. Nel dettaglio, è nella componente n. 2.2 «rigenerazione urbana e *housing* sociale» che sono indicate le misure per garantire la coesione e l'inclusione, valorizzando, in particolare, la dimensione sociale delle politiche urbanistiche e abitative. I «protagonisti» della componente di questa missione sono gli enti territoriali e, in modo particolare, i comuni e le aree metropolitane, giacché è in essi che, leggendo le premesse generali sulla missione, sono più diffuse le condizioni di disagio sociale e di vulnerabilità. Le linee di investimento principali del piano per la componente sono tre.

Il primo investimento<sup>17</sup>, gestito dal Ministero dell'interno, individua come destinatari dei contributi i comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, affinché realizzino interventi per «ridurre le situazioni di emarginazione e degrado sociale» e «migliorare la qualità del decoro urbano oltre che del contesto sociale e ambientale».

L'investimento «Piani urbani integrati», anch'esso gestito dal Ministero dell'interno, è destinato alle periferie delle città metropolitane, per attivare processi di pianificazione urbanistica partecipata affinché attraverso gli interventi di trasformazione e riqualificazione urbana si generi un effetto proattivo che consenta a questi territori di garantire più servizi alla persona, di accrescere il loro valore divenendo «più efficienti, sostenibili e produttivi». All'interno di esso<sup>18</sup> si inseriscono le azioni specificamente indirizzate a garantire condizioni abitative e, in concreto, soluzioni alloggiative dignitose per i lavoratori del settore agricolo, in esecuzione del piano strategico contro il caporalato in agricoltura e la lotta al lavoro sommerso varato nel 2020. Nell'ambito del fondo gestito dalla Banca europea per gli investimenti (BEI), è prevista infine la costituzione di uno specifico fondo tematico dedicato ai settori della rigenerazione urbana, a favore del quale saranno destinate le

<sup>17</sup> Al quale sono destinati 3.300 milioni di euro in prestiti, di cui 400 nel 2022; 500 nel 2023; 800 nel 2024; 900 nel 2025; 700 nel 2026.

<sup>18</sup> Per una quota pari a 200 milioni di euro in prestiti.

risorse<sup>19</sup> destinate ad altri piani urbani integrati. Lo scopo di tali investimenti è supportare, con prestiti a basso interesse, progetti di rigenerazione urbana a lungo termine come mezzo per favorire l'inclusione sociale e combattere varie forme di vulnerabilità, aggravate dall'emergenza della pandemia da COVID-19, in particolare attraverso l'attrazione di finanziamenti privati nei progetti di risanamento urbano, promuovendo l'uso di metodologie di *design* e pianificazione partecipative basate su un continuo dialogo pubblico-privato.

Il terzo investimento<sup>20</sup>, infine, gestito dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, punta all'attuazione di un programma innovativo della qualità dell'abitare, a partire dall'edilizia residenziale pubblica. L'obiettivo è non solo la realizzazione di nuove abitazioni ma anche la riqualificazione di quella esistente, accrescendone le caratteristiche di sostenibilità. A tal fine, le linee di intervento sono due, sinteticamente definibili "qualitativa" e "quantitativa". Quest'ultima, come è evidente, punta all'aumento della disponibilità di edilizia residenziale pubblica; la prima, invece, anche attraverso gli interventi sulla dimensione fisico-spaziale, punta ad accrescere l'*housing* sociale, al miglioramento dell'accessibilità e della sicurezza, all'utilizzo di modelli e strumenti innovativi per la gestione, l'inclusione e il benessere urbano. In entrambi i casi, l'investimento dovrà essere realizzato senza consumare nuovo suolo.

Sia negli obiettivi dichiarati che dalle azioni concrete che il piano si propone di indirizzare appare una visione ben chiara delle politiche urbane di rigenerazione e delle misure da attuare. L'obiettivo primario è recuperare spazi urbani e aree già esistenti allo scopo di migliorare la qualità della vita promuovendo processi di partecipazione sociale e imprenditoriale; i progetti dovranno restituire alle comunità una identità attraverso la promozione di attività sociali, culturali ed economiche con particolare attenzione agli aspetti ambientali. Non mancano, certamente, gli interventi edilizi; la riqualificazione urbana, il recupero, il riuso divengono però veicoli di rigenerazione – e dunque finanziabili – quando sono strumentali alla realizzazione di quegli obiettivi. Gli spazi della rigenerazione sono principalmente quelli della città pubblica e dei suoi servizi: si fa riferimento, a titolo esemplificativo ma fortemente indicativo, alla manutenzione per il riutilizzo e la rifunzionalizzazione di aree pubbliche e strutture edilizie pubbliche esistenti per finalità di pubblico interesse, anche mediante la demolizione di opere abusive; alla ristrutturazione edilizia di edifici pubblici per migliorare la qualità del de-

<sup>19</sup> Pari a 270 milioni di euro in prestiti.

<sup>20</sup> Pari a 2800 milioni di euro in prestiti.

## la rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza

coro urbano e del tessuto ambientale, destinando tali spazi recuperati allo sviluppo di servizi sociali e culturali, educativi e didattici, alla promozione di attività culturali e sportive (investimento 2.1).

Anche nell'attuazione dei piani urbani integrati, le amministrazioni sono chiamate a farsi promotrici di iniziative di rigenerazione a partire dall'interesse pubblico, chiedendo loro di interpretare i fabbisogni della collettività per funzionalizzare gli interventi di trasformazione urbanistica e agire su quei fattori che rendono il territorio una fonte di disuguaglianze. A queste condizioni, gli interventi sul territorio riescono altresì a divenire il veicolo per realizzare gli obiettivi trasversali del piano. Il comune attuatore, anche coinvolgendo i comuni limitrofi più piccoli, assume la regia delle iniziative di rigenerazione, avvalendosi eventualmente della co-progettazione con il terzo settore e beneficiando di possibili investimenti privati, nella misura però non superiore al trenta per cento.

L'idea di rigenerazione urbana fatta propria dal piano si riflette, infine, anche negli indirizzi per la promozione della qualità dell'abitare. Gli interventi destinati a colmare il fabbisogno abitativo non potranno limitarsi alla sola dimensione fisico-trasformativa: oltre agli investimenti necessari per aumentare la quantità disponibile di edilizia residenziale pubblica, le proposte di finanziamento sono destinate a essere positivamente valutate se in grado di generare un impatto positivo sotto il profilo ambientale, sociale, culturale, urbano territoriale, economico-finanziario e tecnologico processuale dei progetti.

Il PNRR consegna ai suoi destinatari una precisa visione delle pratiche di rigenerazione valida non solo per guidare le azioni finanziabili ma soprattutto per orientare i processi che, in nome di tali obiettivi, potranno essere attivati dalle amministrazioni e, prima ancora, guidati dal legislatore. Consente, ancora, di individuare a quali condizioni la rigenerazione possa inserirsi nella c.d. quarta generazione dell'urbanistica inaugurata dalle regioni e nella quale è chiamato a intervenire anche il legislatore statale. Il piano è infatti accompagnato da un pacchetto di riforme che concorre all'attuazione degli obiettivi, consentendo di ridurre gli oneri burocratici e rimuovere i vincoli all'aumento della produttività. Accanto alle riforme orizzontali (o di contesto), di interesse trasversale a tutte le missioni del piano e alle riforme abilitanti, cioè funzionali a garantire l'attuazione del piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali, vi sono le riforme settoriali, contenute all'interno delle singole missioni e che introducono le innovazioni normative relative a specifici ambiti di intervento.

### 3. Le recenti iniziative legislative statali

Il tema della rigenerazione urbana è divenuto sempre più presente nell'agenda del legislatore nazionale; oltre al già menzionato bando periferie avviato nel 2016, è all'insegna di essa che si è avviata la massiccia opera di revisione del Testo unico dell'edilizia, a partire dal c.d. decreto sblocca cantieri del 2019 fino ad arrivare al più recente decreto semplificazioni del luglio 2020<sup>21</sup>.

Indipendentemente dalle singole misure introdotte con i citati decreti<sup>22</sup>, è utile soffermarsi sul concetto di rigenerazione urbana assunto come riferimento. L'art. 5, d.l. 12 aprile 2019, n. 31, ne ha identificato gli obiettivi prioritari nella «drastica riduzione» del consumo di suolo, nella razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente, nella promozione e agevolazione della «riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti, nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione, ovvero da ri-localizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili e di assicurare il miglioramento e l'adeguamento sismico del patrimonio edilizio esistente, anche con interventi di demolizione e ricostruzione».

Nel decreto semplificazioni del 2020 la rigenerazione urbana si concretizza negli interventi di ristrutturazione, manutenzione straordinaria, demolizione e ricostruzione che devono realizzarsi senza aumentare il consumo di nuovo suolo, «non abbassando i livelli di tutela del paesaggio e dei beni culturali» e promuovendo la «qualità del tessuto urbano delle nostre periferie e delle aree più degradate del Paese». In entrambi i testi, non vi sono criteri specifici per definire le «periferie» e le aree degradate del Paese: esse appaiono fra le possibili aree interessate dagli interventi edilizi; la loro riqualificazione è uno degli effetti positivi delle misure di semplificazione introdotte con i decreti. Del resto, queste modifiche al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, nascevano con l'intento di restituire all'edilizia il ruolo di trazione dell'economia nazionale, riducendo gli ostacoli burocratici che potessero rappresentare un freno alla ripresa degli investimenti e dell'occupazione nel settore e in quelli a esso collegati.

Un più definito concetto di periferie è invece il presupposto per gli

<sup>21</sup> Il primo è il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. dalla l. 14 giugno 2019, n. 55; il secondo è il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>22</sup> Sia consentito sul punto il rinvio all'analisi compiuta in A. Giusti, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, cit., 450.

## la rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza

interventi finanziabili con il bando del 2015, identificate, indipendentemente dalla loro collocazione spaziale, mediante criteri socio-economici. Ai fini dell'assegnazione dei contributi, si considerano tali le «aree caratterizzate da situazioni di marginalità economica e sociale, degrado edilizio e carenza di servizi». Il programma premiava, in sintesi, progetti cantierabili (dovendo essere stati approvati il definitivo o l'esecutivo), caratterizzati da rapida esecutività, capaci di coinvolgere finanziamenti privati per almeno il venticinque per cento e in grado di innescare un processo di rivitalizzazione economica, sociale e culturale del contesto urbano di riferimento.

Il PNRR chiama il legislatore nazionale a ridefinire il proprio concetto di rigenerazione, senza esaurirlo alla riqualificazione e al recupero edilizio. Non chiede di abbandonare questa componente, ma di farla divenire veicolo per raggiungere quegli obiettivi di coesione e inclusione verso cui sono indirizzati gli investimenti e attraverso i quali realizzare anche gli obiettivi trasversali del piano.

### **4. (segue) Il testo del disegno di legge unificato recante «misure per la rigenerazione urbana»**

L'attualità del tema ha favorito le iniziative parlamentari, tradottesi in ben sei proposte di legge oggi unificate in un unico testo approvato dal Senato<sup>23</sup> e che aspira a divenire lo strumento legislativo per attuare gli investimenti della componente n. 2.

Nonostante si tratti di un disegno di legge non ancora vigente, appare utile esaminarne i contenuti più salienti per una duplice ragione: registrare l'approdo del percorso normativo nazionale della rigenerazione urbana; verificare se sia in grado di delineare il contributo che la rigenerazione urbana può dare alla nuova visione dell'urbanistica.

Il testo offre una definizione della rigenerazione urbana, qualificandola<sup>24</sup> «un complesso sistematico di trasformazioni urbanistiche ed edilizie in ambiti urbani su aree e complessi edilizi caratterizzati da degrado urbanistico, edilizio, ambientale o socio-economico, che non determinino consumo di suolo e secondo criteri che utilizzino metodologie e tecniche relative alla sostenibilità ambientale, anche mediante azioni di rinaturalizzazione dei

<sup>23</sup> Il riferimento è al testo base approvato nella seduta del 17 marzo 2021 del Senato e nato dalla congiunzione dei testi n. 1131, 970, 985, 1302, 1943, 1981. Il testo è disponibile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica italiana.

<sup>24</sup> Art. 2, c.1, lett. b).

suoli consumati in modo reversibile, con il recupero dei servizi ecosistemici persi, tramite la deimpermeabilizzazione, la bonifica, nonché l'innalzamento del potenziale ecologico ambientale e della biodiversità urbana». Più che una definizione, capace di sintetizzare il concetto e ridurre la polisemia, la norma appare come il tentativo di non escludere dal proprio ambito di applicazione tutte quelle componenti che, nel tempo, hanno caratterizzato le pratiche di rigenerazione. Alla dimensione edilizio-trasformativa si affianca quella ambientale: entrambe si concentrano su spazi caratterizzati da condizioni di degrado, diversamente declinato in termini di «degrado urbanistico-edilizio», «socio economico» e «ambientale»<sup>25</sup>.

Il concetto di rigenerazione urbana accolto dal disegno legislativo appare più nitido in apertura (art. 1), nell'indicazione delle finalità che si propone: in essa è individuato lo «strumento fondamentale di trasformazione, sviluppo e governo del territorio senza consumo di suolo» che mira a realizzare una serie di obiettivi che vanno dalla riduzione degli effetti dei cambiamenti climatici fino alla tutela dei centri storici.

La vocazione del testo normativo sembra essere quella di voler ricomprendere il più vasto numero di interventi, allo scopo di massimizzare il più possibile l'impiego dei fondi destinati. Viene infatti istituito un fondo nazionale ventennale, prevedendosi uno stanziamento annuo di cinquecento milioni di euro (art. 5). La struttura del disegno di legge appare, del resto, più la codificazione di uno schema di assegnazione delle risorse – e di definizione delle condizioni necessarie per avervi accesso – che una legge che punta a una ridefinizione dei ruoli e delle competenze per la rigenerazione. Seguendo il testo normativo, la rigenerazione è ancora il terreno per la competizione fra progetti comunali, finanziati prevalentemente con il fondo nazionale per la rigenerazione. Sulla base del programma nazionale per la rigenerazione urbana (art. 4), di competenza statale e inserito annualmente nell'allegato al Documento di economia e finanza (DEF)<sup>26</sup>, ciascuna regione, nei tre mesi successivi, è tenuta a pubblicare un bando (regionale) per la rigenerazione urbana, al quale possono partecipare gli enti locali che abbiano predisposto un piano comunale di rigenerazione urbana (art. 9). Le regioni sono quindi

<sup>25</sup> Le definizioni sono contenute alle lettere *c)*, *d)*, *e)*, del c. 1 dell'art. 2 del testo di legge.

<sup>26</sup> La norma interviene anche a livello organizzativo, istituendo una cabina di regia nazionale per la rigenerazione urbana (art. 3) presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, con funzioni di coordinamento fra le iniziative legislative e amministrative in materia di rigenerazione urbana, di supporto alle regioni e agli enti locali, di attrattore di investitori nazionali ed esteri, anche del terzo settore, alla realizzazione dei piani comunali di rigenerazione selezionati nonché di monitoraggio e valutazione .

## la rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza

chiamate a fornire criteri generali per delineare gli ambiti urbani assoggettabili a interventi di rigenerazione urbana e a individuare le risorse di loro competenza da destinare alla selezione dei piani comunali (art. 8, c. 1, lett. c).

In maniera piuttosto singolare, in questo schema normativo di distribuzione di fondi, si innestano alcune disposizioni in cui la rigenerazione urbana è la via per legittimare e offrire una *ratio* comune a interventi non proprio coordinati fra di loro.

Di fronte alla scarsa attuazione dell'art. 143 del codice dei beni culturali e ambientali, il disegno di legge indica fra i compiti delle regioni in materia di rigenerazione l'adozione dei piani paesaggistici entro sei mesi dalla sua entrata in vigore – pena l'attivazione dei poteri sostitutivi ministeriali – anche per consentire ai comuni, entro un anno dall'entrata in vigore della legge, di adeguarvi la loro pianificazione (art. 11, c. 3).

La norma dà una sorta di delega alle regioni – nei limiti del programma nazionale e delle competenze regionali in materia di governo del territorio – ad adottare disposizioni per la rigenerazione urbana (art. 8, c.1, lett. b); le indirizza a promuovere programmi di edilizia residenziale pubblica con particolare riguardo alle periferie e alle aree di maggior disagio sociale (art. 8, c. 1, lett. d); affida loro la disciplina di pratiche partecipative per la rigenerazione urbana (art. 8, c. 1, lett. g). Sempre alle regioni è demandata l'introduzione di norme sulle modifiche alle destinazioni d'uso in deroga agli strumenti urbanistici nonché per il generale riconoscimento di volumetrie aggiuntive rispetto a quelle originarie, integrando (ma rispettando) la disposizione sulle ristrutturazioni ricostruttive già novellata nel 2020<sup>27</sup>.

Le risorse sono assegnate, infine, sulla base di piani comunali di rigenerazione urbana (art. 11) che insistono su aree individuate negli strumenti di pianificazione e caratterizzate da «condizioni di degrado»: possono ricomprendere più lotti, complessi edilizi o singoli immobili, individuati dai comuni anche su indicazione di privati e coinvolgendo i residenti con le modalità rimesse alla determinazione dei comuni stessi. Questi piani (art. 12) sono a iniziativa di soggetti pubblici e privati, la legge guida nell'elaborazione delle proposte e il procedimento di formazione è modellato sul tradizionale schema adozione – osservazioni e approvazione, tutte di competenza del consiglio comunale. Sia per la procedura di formazione che per il richiamo che a essi è fatto nell'art. 11, c. 4, questi nuovi piani si pongono come una sorta di aggiornamento dei piani di recupero della l. 5 agosto 1978, n. 457, la cui approvazione è condizione per accedere al bando regionale o al fondo nazionale. Di conseguenza, sebbene nel silenzio del legislatore, deve

<sup>27</sup> Il riferimento è all'art. 3, c.1, lett. d), d.P.R. n. 380/2001.

ritenersi che questi piani comunali di rigenerazione urbana abbiano l'efficacia di piani attuativi.

Pur essendo i principali soggetti attuatori degli interventi e destinatari delle risorse, il quadro complessivo che ne deriva è una sensibile riduzione dell'autonomia comunale. La legge disegna il comune come un soggetto "collettore" delle proposte di piani avanzate da altri soggetti pubblici o privati e gli assegna una serie di compiti non poco gravosi: eseguire un censimento edilizio comunale asseverato e creare una «banca dati del riuso» da aggiornare ogni due anni, anche per tenere aggiornato lo stato del consumo di suolo (art. 10, c. 1, lett. a); mappare le aree ove si concentrano gli interventi (art. 10, c. 1, lett. b); aggiornare annualmente le regioni e annotarle in un registro appositamente istituito su tutte le proprietà immobiliari in stato di abbandono o che, per la situazione di incuria o degrado, possono arrecare danno al paesaggio, alle attività produttive o all'ambiente (art. 10, c. 1, lett. c).

Alla complessità di queste operazioni si affianca quella, più generale, del coordinamento degli strumenti di nuova introduzione con quelli già presenti nelle molte leggi regionali che affidano le iniziative di rigenerazione a piani attuativi diversamente denominati, prevedono modalità differenti per il censimento degli immobili abbandonati e anche ulteriori forme per il riuso<sup>28</sup>. Il rischio è che sugli stessi spazi si sovrappongano più piani o più iniziative, con la conseguenza che le misure di matrice statale prevalgano non sulla base di un riparto di compiti e attribuzioni costituzionalmente orientato bensì per la possibilità di divenire beneficiari di finanziamenti specifici o di incentivi fiscali.

I dubbi sull'efficacia del testo normativo<sup>29</sup> nascono dalle molteplici finalità che si propone e dalla tentazione, probabilmente frutto dell'assemblamento di più disegni di legge, di disciplinare sia interventi puntuali per la spesa dei fondi sia profili di più ampia portata ma che mal si prestano a essere ricompresi nel medesimo contenitore: si pensi alle disposizioni sul fabbisogno abitativo, sui processi partecipativi, agli innesti nel Testo unico dell'edilizia. Non mancano, al contempo, aspetti meritevoli di considerazione: il disegno di legge sollecita le regioni ancora assenti dal dibattito sulla c.d. quarta generazione urbanistica a introdurre strumenti attuativi con

<sup>28</sup> Si v. G. Torelli, *Le ultime frontiere del recupero e della valorizzazione del patrimonio urbano: gli usi temporanei*, in *Dir. amm.*, 2021, 475.

<sup>29</sup> Espresi anche dall'Istituto nazionale urbanistica (e pubblicati sul sito dell'associazione) e prima ancora dalla Conferenza unificata Stato e regioni nella seduta dell'8 aprile 2021 (anche il resoconto della seduta è disponibile sul sito istituzionale della Conferenza).

## la rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza

finalità rigenerative, di cui individua i tratti caratterizzanti (riduzione del consumo di suolo, riuso, riqualificazione fisico-funzionale); codifica alcune direttrici di intervento finora non molto presenti (evitare la gentrificazione, la desertificazione delle attività produttive e commerciali nei centri urbani), riconosce il nesso necessario fra politiche fiscali e politiche urbane, con la previsione sia di incentivi che di misure *latu sensu* sanzionatorie (l'aggravio progressivo dell'IMU) per la promozione del riutilizzo del patrimonio immobiliare esistente.

Gli investimenti previsti nella componente 2 del PNRR hanno però come orizzonte temporale il 2026, un arco di tempo che rischia di essere estremamente limitato se rallentato dalle difficoltà applicative degli strumenti giuridici necessari per la loro realizzazione. Del resto, la stessa Corte dei conti, nella relazione licenziata nel luglio 2019 a proposito dell'attuazione del piano periferie del 2015<sup>30</sup>, ha evidenziato come le incertezze normative, unitamente alla complessità degli adempimenti richiesti, all'incapacità organizzativa e alla inadeguatezza delle competenze gestionali degli enti destinatari siano state il freno alla accelerazione impressa alla rigenerazione con quel programma straordinario.

### 5. (segue) Il “nuovo” bando periferie

Le azioni e, a ben vedere, il modello di rigenerazione che traspare dal PNRR sembrano invece più vicine a quelle che si propone di realizzare il “nuovo” bando periferie, adottato in attuazione della legge finanziaria per il 2020<sup>31</sup>, che ha stanziato per gli anni dal 2021 al 2034 una quota crescente di fondi<sup>32</sup> da assegnare ai comuni per investimenti in progetti di rigenerazione urbana, «volti alla riduzione di fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale, nonché al miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale ed ambientale». Lo stanziamento non episodico di risorse rappresenta il primo tratto distintivo da quello precedente, tradottosi nella già ricordata competizione fra comuni su singoli progetti caratterizzati da rapida esecutività. Il nuovo bando periferie punta a rifunziona-

<sup>30</sup> Il riferimento è alla delibera n. 13/2019 consultabile al sito istituzionale della Corte dei conti.

<sup>31</sup> Si tratta del d.P.C.M. 21 gennaio 2021, emanato in attuazione dell' art. 1, c. 43, l. n. 160/2019.

<sup>32</sup> L'art.1, c. 42, l. n. 160/2019, prevede lo stanziamento di 150 milioni di euro per l'anno 2021, di 250 milioni di euro per l'anno 2022, di 550 milioni di euro per ciascuno degli anni 2023 e 2024 e di 700 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2025 al 2034.

lizzare le città, affidandone la regia al comune nel quadro della programmazione triennale e annuale: i contributi sono concessi per singole opere pubbliche o insiemi coordinati di interventi pubblici, ricomprendendo nel concetto anche l'abbattimento di opere abusive private. Il bando inserisce inoltre come elemento di selezione (e di preferenza) fra i comuni anche il tasso di vulnerabilità sociale e materiale calcolato dall'ISTAT, dando la precedenza a quelli che presentino valori più elevati. Particolare attenzione è data anche alla misurazione dei risultati: sono fissate le date entro cui devono avvenire gli affidamenti (cioè la firma del contratto), le opere finanziate sono monitorate attraverso il sistema di monitoraggio delle opere pubbliche della Banca dati della pubblica amministrazione, in base al d.lgs. 29 dicembre 2011, n. 229, prevedendo una apposita voce; sono disciplinate le ipotesi di revoca dei contributi e la loro riassegnazione. La prima *tranche* di progetti avrebbe dovuto essere presentata entro il 4 giugno 2021 e può essere un esperimento pilota importante per verificare la capacità di tali azioni di realizzare, in prospettiva, gli obiettivi di coesione sociale indicati dal PNRR e anche gli obiettivi trasversali a essi correlati.

## **6. Conclusioni: «rapidità», «esattezza» e «amministrazione di risultato»**

L'aspirazione del piano nazionale di ripresa e resilienza è consegnare in tempi rapidi alle nuove generazioni un Paese che sia riuscito a superare le carenze endemiche e strutturali che la pandemia ha messo drammaticamente ancora più in evidenza. Agli strumenti giuridici si chiede il compito importante di guidare questo percorso verso la sua realizzazione; all'amministrazione di farsene interprete capace, per assicurare quel "risultato" che troppe volte è stato idealizzato e poche, invece, si è tradotto in risposte realmente funzionali alla cura degli interessi della collettività.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Formula molto indagata dalla dottrina, soprattutto nei primi anni 2000. Senza pretesa di esaustività, si ricordano i contributi di A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 63; S. Cassese, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino e A. Police), Torino, Giappichelli, 2004; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA* 2002, Milano, Giuffrè, 2003, 107; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, *ibidem*, 127; M. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, Jovene, 2001, 741. Più di recente, R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, 337.

## la rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza

La «rapidità», scrive Italo Calvino nelle sue «Lezioni americane», «non è un valore in sé»<sup>34</sup>; il ragionamento veloce deve essere capace di comunicare la sua specialità, cioè la sua sveltezza, con la sua logica essenziale e la sua efficacia narrativa. Questa lezione ben si addice al percorso legislativo e amministrativo che dovrà guidare l'attuazione delle misure della rigenerazione urbana della missione n. 5: la rapidità del risultato richiede che il percorso sia chiaro, netto, conduca con ritmo verso l'obiettivo. Per farlo, scomodando ancora Calvino, ha bisogno di «esattezza»<sup>35</sup>, cioè di un «disegno dell'opera ben definito e ben calcolato», dell'«evocazione d'immagini visuali nitide, incisive, memorabili ...», di «un linguaggio il più preciso possibile come lessico...».

Il disegno di legge in materia di rigenerazione urbana non sembra in grado di poter far compiere agli investimenti della componente n. 2 un percorso rapido e all'insegna dell'esattezza verso gli obiettivi di coesione sociale che si propone. A esso va riconosciuto, pur nella sua sovrabbondanza non sempre necessaria, il merito di aver riportato l'attenzione alla necessità che il legislatore statale si faccia carico della definizione di alcuni aspetti – *rectius*, norme di principi – che appaiono non più rinviabili per una strategia della rigenerazione urbana.

È recente<sup>36</sup> la nomina di una commissione di esperti alla quale è stato affidato il compito di «avviare la riforma organica dei principi della legislazione statale in materia di pianificazione del territorio e standard urbanistici, nonché al riordino e alla modifica delle disposizioni contenute nel Testo unico dell'edilizia», con riguardo a una serie di profili fra cui «la declinazione a livello urbanistico degli obiettivi specifici dell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile, del programma unionale *Next Generation EU*, del PNRR e degli obiettivi di contenimento del consumo di suolo e di promozione della rigenerazione urbana propri delle più recenti iniziative legislative parlamentari», «la rilevazione nella prassi dei maggiori fattori di incertezza, lentezza, criticità, onerosità, difficoltà gestionali e contenzioso»; «la rivisitazione della nozione di urbanistica, anche in relazione all'evoluzione delle nozioni di edilizia, paesaggio, beni culturali e ambiente, in modo da assicurare coerenza, chiarezza, efficienza e semplificazione dei procedimenti di programmazione e controllo»; «la precisazione e definizione dei concetti fondamentali del diritto urbanistico così da garantire uniformità a livello

<sup>34</sup> I. Calvino, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, Oscar Mondadori, 2014. La citazione in particolare è a pagina 39.

<sup>35</sup> I. Calvino, *Lezioni americane*, cit., 59.

<sup>36</sup> Decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile dell'11 novembre 2021.

nazionale e semplificare conoscenza e rispetto delle regole da parte dei cittadini e degli operatori economici».

Dovrà essere questo, attingendo ancora dalle pagine delle «Lezioni americane», quel paziente e prezioso lavoro di Vulcano che serve per la mobilità e la sveltezza di Mercurio; il lavoro di Mercurio è «un messaggio di immediatezza ottenuto a forza di aggiustamenti pazienti e meticolosi», capace di far sì che «fatiche interminabili di Vulcano diventino portatrici di significato»<sup>37</sup>.

### *Abstract*

*This essay has two aims: outlining the scenario in which urban regeneration is considered as a tool for recovery and resilience of Italy and focusing the effort that is required to the Italian legislator in order to reach the goals set out in Mission No. 5 of the National Recovery and Resilience Plan (PNRR). For this purpose, this essay takes into consideration the initiatives undertaken by the Italian State, partially still in the de iure condendo situation, in order to verify if they are able to define the contribution that urban regeneration could offer to the new vision of urban planning as it is given both by the administrative jurisprudence and the constitutional one.*

<sup>37</sup> I. Calvino, *Lezioni americane*, cit., 54. Calvino propone la spiegazione della contrapposizione e della complementarità fra Vulcano e Mercurio – a sua volta colta nella lettura di *Histoire de notre image* di André Virel (Genève, 1965) – per esporre la relazione fra la rapidità e il suo opposto.

# ARTICOLI

MARCO BEVILACQUA

## IL MIMETISMO DELLA NOZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. UN'ANALISI EMPIRICA

SOMMARIO: I. Le disfunzioni della pubblica amministrazione. – 1.1. Dal piano etimologico alla nozione funzionale dell'amministrazione pubblica. – 2. Il contributo europeo alla costruzione del "funzionalismo" della p.a. – 3. La nozione finanziaria di pubblica amministrazione. – 4. L'amministrazione pubblica in forma privata è ancora rilevante? – 4.1. L'impiego pubblico delle risorse come criterio di perimetrazione. – 4.2. Gli organismi non societari: le fondazioni di partecipazione. – 4.3. Gli enti strumentali delle amministrazioni territoriali: il perimetro del "gruppo di amministrazione pubblica". – 5. L'amministrazione partecipata. – 6. Il processo di trasformazione digitale e di automazione della pubblica amministrazione: questioni di leale collaborazione. – 7. La resilienza dell'apparato amministrativo di fronte all'emergenza. – 8. Conclusioni: per una nozione "liquida" di pubblica amministrazione.

### 1. Le disfunzioni della pubblica amministrazione

La straordinarietà dei fenomeni e degli eventi, naturali e non, che si sono susseguiti negli ultimi decenni, ha reso ancor più complesso il compito di delimitare il perimetro dell'amministrazione pubblica italiana. La «ricetta che costantemente viene rinvenuta è la medesima: semplificare l'amministrazione italiana», rischiando che «conduca verso un effetto placebo»<sup>1</sup>. Il tema involge il diritto ad una buona amministrazione che, implicitamente, si ricava dal combinato disposto degli artt. 97, c. 3, Cost., e 1, c. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, in ragione dei quali l'amministrazione deve essere organizzata in modo da garantire certezza ed efficienza nei rapporti col cittadino. Tuttavia, la mancata definizione dei confini e, conseguentemente, delle attribuzioni della pubblica amministrazione ne hanno aggravato l'intrinseca fragilità nel

<sup>1</sup> A. Sandulli, *Le riforme necessarie per migliorare la pubblica amministrazione*, in *Luiss Open*, 20 giugno 2020; cfr. pure Id., *Quali riforme per la pubblica amministrazione?*, in questa *Rivista*, 2019, 5 ss.

far fronte, in modo efficiente, agli eventi di *shock* economici verificatesi negli ultimi decenni, financo all'attuale emergenza epidemiologica da COVID-19.

È condivisa l'esigenza di ripensare la pubblica amministrazione, ma «non c'è stato un solo periodo nella storia dell'Italia unita in cui questa riforma non sia stata invocata, promessa, progettata [...] con risultati mai definitivi anzi spesso deludenti»<sup>2</sup>.

Fino agli anni Settanta del secolo scorso, l'insorgere di talune esigenze collettive, dall'istruzione alla sanità, dalla cultura alla tutela dell'ambiente, aveva determinato un incremento dei soggetti pubblici<sup>3</sup>.

Al contrario, la crisi del debito pubblico degli anni Ottanta<sup>4</sup> ha indotto il legislatore ad attuare alcuni tentativi per riorganizzare l'apparato burocratico, fra cui il processo di privatizzazione di taluni servizi pubblici che si è concretizzato nel coinvolgimento di soggetti privati nell'attività della pubblica amministrazione.

Di recente, il legislatore sembrerebbe aver colto l'occasione del *Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale* del 2021 per manifestare l'intenzione di riformare la pubblica amministrazione, con riferimento a tre profili: impiego pubblico, organizzazione amministrativa e tecnologia. Sebbene questi aspetti – in parte trattati nel prosieguo della ricerca in un'ottica d'insieme – possano considerarsi rilevanti nell'ottica di rendere l'amministrazione pubblica più efficiente e capace di assicurare, in modo flessibile e duttile, i diritti costituzionalmente garantiti, il *Patto* difetta di pragmatismo circa l'indicazione di proposte concrete di riforma. Invero, non si tratta soltanto di semplificare i processi burocratici in vigore ma, soprattutto, «di compiere una poderosa opera di disboscamento e di taglio dei tanti ostacoli e dei numerosi nodi che paralizzano la capacità amministrativa»<sup>5</sup>.

In siffatto contesto, la funzione pubblica assume il ruolo di depositaria della fiducia degli amministrati in quanto si ingenera automaticamente, nel rapporto Stato-cittadino, l'affidamento sull'impegno di perseguire l'interesse generale con imparzialità ed efficienza.

<sup>2</sup> G. Melis, *Riformare l'amministrazione italiana*, in *Riv. il Mulino*, 15 febbraio 2021. Per una ricostruzione storica dell'organizzazione amministrativa nel primo quadriennio dell'unità d'Italia, cfr. A. Sandulli e G. Vesperini, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, in cui gli Autori mettono in risalto «le tare genetiche che avrebbero accompagnato e rallentato lo sviluppo del Paese nel corso del Novecento» (95).

<sup>3</sup> S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, il Mulino, 1983, 15 ss.

<sup>4</sup> Si pensi alla cosiddetta «re-invenzione del governo»; sul punto, cfr. L. Casini, *I confini e le dimensioni*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2009, 23.

<sup>5</sup> L. Torchia, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Astrid Policy Brief – Proposte per la ripresa*, 17 marzo 2021.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

Tuttavia, nonostante gli importanti sforzi legislativi in tal senso, quali le riforme in materia di contrasto alla corruzione negli appalti pubblici<sup>6</sup>, le misure di trasparenza<sup>7</sup> e di controllo attivabili direttamente dai cittadini<sup>8</sup>, la valutazione e controllo della *performance* delle amministrazioni pubbliche<sup>9</sup>, «intesi non più come strumenti organizzativi interni – nella logica del *new public management* – ma come strumenti di legittimazione e di *accountability* nei confronti della comunità amministrata»<sup>10</sup>, la fiducia dei cittadini nelle istituzioni sembrerebbe essersi pericolosamente sfibrata<sup>11</sup>. Talché, non può disconoscersi che una maggior trasparenza e un'efficace valutazione della *performance* consentirebbero di accorciare le distanze fra amministratori e amministrati; a tal fine, la transizione al digitale gioca un ruolo essenziale.

In aggiunta, occorre fare attenzione a come si incide sui vari settori fin qui elencati, poiché i recenti ridimensionamenti della sfera pubblica<sup>12</sup> non sono stati privi di ripercussioni sulla capacità della pubblica amministrazione, causando incertezze e disfunzioni. Massimo Severo Giannini evidenziò come qualunque processo di riforma deve seguire tassativamente una successione logica: partire dalle funzioni; proseguire scegliendo il modello

<sup>6</sup> Dapprima, l'istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione con la l. 6 novembre 2012, n. 190, i cui poteri di vigilanza sono stati ampliati (e poi depotenziati) dall'art. 211 cpv., d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che consente all'ANAC di verificare, ed eventualmente impugnare, condotte delle stazioni appaltanti non conformi al dettato normativo. Sul rapporto tra trasparenza e corruzione, senza pretesa di completezza, cfr. E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, 497 ss.

<sup>7</sup> Si v. il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; poi il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e infine le modifiche apportate al codice della *privacy* a seguito dell'introduzione del reg. UE n. 679/2016; sotto vari profili, cfr. M. Savino, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 453 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, cfr. G. Corso, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Ist. fed.*, 2010, 209 secondo cui «il controllo [del cittadino] sulla amministrazione, che per la gran parte è non elettiva, viene esercitato – nel modello ministeriale – a mezzo del doppio meccanismo della imputazione dell'attività dell'amministrazione al Ministro, e della responsabilità del Ministro di fronte al Parlamento, a sua volta sottoposto all'immediato controllo popolare».

<sup>9</sup> Si pensi all'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici di cui al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

<sup>10</sup> L. Torchia, *I confini e le dimensioni*, in *Id.*, *Il sistema amministrativo italiano*, cit., 44.

<sup>11</sup> Nell'ottica di ristabilire la fiducia negli amministrati, nonché di rispondere in modo efficace alle esigenze collettive che si antepongono al buon andamento, cfr. la nota di sintesi dell'OCSE sulla gestione pubblica, settembre 2000, n. 7, per cui «un'equa e affidabile pubblica amministrazione ispira fiducia al pubblico e crea un clima favorevole alle imprese, contribuendo quindi al buon funzionamento dei mercati e alla crescita economica».

<sup>12</sup> A titolo esemplificativo, si pensi alla l. delega 7 agosto 2015, n. 124, e relativi decreti attuativi.

organizzativo più utile a realizzarle; e infine – ma solo infine – selezionare il personale più adatto per quelle funzioni e quell'organizzazione<sup>13</sup>.

Nelle ricorrenti crisi, oltre alla tendenza a ipersemplicificare, si è riscontrata anche quella di un ritorno al fenomeno di pubblicizzazione di determinati servizi<sup>14</sup>, col rischio di ottenere l'effetto opposto ai tentativi di riordino del sistema.

Pertanto, formerà oggetto della presente indagine la prova di resilienza della nozione funzionale della pubblica amministrazione di fronte ai recenti eventi emergenziali, domandandosi se siano necessari nuovi criteri per delimitarne l'ambito soggettivo. In altri termini, a fronte della frammentarietà dell'apparato pubblico, con il definitivo consolidamento di un concetto di ente pubblico che muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato al caso concreto, occorre verificare se tale inquadramento non subisca *alterazioni* di fronte a situazioni nuove e sconosciute. Ciò in considerazione del fatto che una variazione funzionale della pubblica amministrazione, a seconda della disciplina di riferimento, potrebbe irrigidirne la capacità di adattamento.

Non costituisce un fine del presente contributo l'intento di completare in modo esauriente la trattazione dei diversi temi affrontati, in quanto essi costituiscono, per quanto qui interessa, tasselli di un mosaico. Il minimo comun denominatore fra tali, molteplici, ambiti è costituito dal rilievo per cui essi possono ricondursi, nel complesso, a situazioni di *shock* del sistema amministrativo nazionale, non solo sotto il profilo emergenziale, economico-sanitario, bensì anche in ragione della non trascurabile incidenza del diritto europeo e dell'innovazione digitale. Tali fattori hanno richiesto un cambio di passo nella riorganizzazione dell'apparato burocratico, determinato (anche) da un processo di pubblicizzazione dei dati e delle informazioni possedute dall'amministrazione pubblica.

Nell'ottica di fornire una visione più ampia del quadro d'insieme sulla nozione di pubblica amministrazione, si prenderanno le mosse dal grado di influenza dell'ordinamento europeo circa la definizione cosiddetta "funzionale". Tale abbrivio si giustifica in ragione del carattere sempre più rilevante che ha assunto la dimensione sovranazionale rispetto al nostro ordinamento, la quale trova conforto non solo nel principio del primato del diritto dell'U-

<sup>13</sup> M.S. Giannini, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1957, 11 ss.

<sup>14</sup> Si pensi al noto caso della tragedia del Ponte Morandi su cui si è pronunciata la Corte costituzionale (sent. n. 168/2020) nel senso che l'eccezionale gravità della situazione giustifica l'estromissione di Autostrade per l'Italia S.p.A. dalla costruzione del nuovo ponte (*rectius*, Ponte Genova San Giorgio).

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

nione europea<sup>15</sup>, ma anche nei recenti arresti della Corte costituzionale sulla dottrina dei controlimiti<sup>16</sup>.

L'integrazione dell'ordinamento interno rispetto agli sviluppi eurounitari rileva anche in materia di finanza pubblica e, in particolare, rispetto alle riforme che si sono susseguite, sia a livello europeo che interno, a partire dalla crisi economica del 2008. Difatti, al fine di coordinare la finanza pubblica a livello europeo, l'Unione europea ha stabilito alcuni criteri per l'individuazione – in un elenco che l'Istituto Nazionale di Statistica (da ora, ISTAT) redige annualmente – delle amministrazioni che concorrono all'equilibrio di bilancio e alla sostenibilità del debito pubblico.

Ciò ha sollevato alcune criticità rispetto ai parametri per l'attribuzione, o meno, del carattere di pubblicità agli enti di matrice privatistica, i quali sarebbero – almeno ontologicamente – estranei alla *galassia* dell'amministrazione pubblica. In tal senso, sarà opportuno affrontare la questione dell'amministrazione privatizzata, che è particolarmente rilevante, ai nostri fini, in quanto incide direttamente sui confini dell'amministrazione pubblica. Anche sulla questione “pubblico-privato” l'ordinamento europeo svolge una funzione di riordino essenziale: basti pensare alla nozione di organismo di diritto pubblico<sup>17</sup> la cui uniformazione si deve in gran parte agli orienta-

<sup>15</sup> *Ex multis*, v. C. giust. UE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa v. Enel*.

<sup>16</sup> Sotto vari profili, senza pretesa di completezza, cfr. A. Ruggeri, *Rapporti tra corte costituzionale e corte europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2011; M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016; C. Pinelli, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, 2019, 491 ss.; per un'analisi sulla dottrina dei controlimiti antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr. F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 491 ss.; A. Celotto, T. Groppi, *Primaute e controlimiti nel progetto di trattato costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 868; sul caso Taricco, cfr. G. Piccirilli, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti; un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale. Atti del Convegno del dottorato di ricerca Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali, del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Ferrara, 24 febbraio 2017*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Napoli, Jovene, 2017, 327 ss.; E. Albanesi, *Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2020, 425 ss.

<sup>17</sup> Con riguardo alla nozione di organismo di diritto pubblico, l'art. 1, c. 9, dir. 2004/18/UE, sembrerebbe rilevare in ordine alla delimitazione dell'ambito soggettivo di operatività della disciplina comunitaria (e nazionale di recepimento) rispetto a peculiari ambiti d'applicazione, come le procedure degli appalti c.d. sopra soglia. Infatti, al pari dell'art. 1, c. 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la norma in discorso opera una mera delimitazione degli enti assoggettati alla disciplina di riferimento, impostando la definizione di pubblica amministrazione sull'attività svolta dall'ente così inquadrato. Di rilievo è il recente parere del Consiglio di Stato sulla LUMSA, comm. spec. n. 2427/2018, il quale ha escluso la dell'Università in termini

menti della Corte di giustizia. In siffatto contesto, il sistema amministrativo italiano si presenta a perimetrazione variabile: «le numerose definizioni di pubblica amministrazione operano come “dighe mobili” tra diritto amministrativo e diritto privato, agendo in funzione della finalità pubblica di volta in volta perseguita»<sup>18</sup>.

### 1.1. Dal piano etimologico alla nozione funzionale dell'amministrazione pubblica

L'espressione “amministrazione pubblica” è il frutto della composizione di due parole con connotazioni tendenzialmente affini fra loro.

Sul piano etimologico il termine proviene dal latino *ministrare* col significato di “servire”, “provvedere a”, “occuparsi di”. Nel linguaggio giuridico il termine “amministrazione” richiama l'attività di cura di interessi propri o di terzi (si pensi alle attività degli amministratori di società, di associazioni o di condominî), mentre l'aggettivo “pubblico” definisce e qualifica la terzietà degli interessi ai quali ci si intende riferire. Ne discende una nozione generale di amministrazione pubblica, risultante da un ragionamento logico-deduttivo basato su significati e attribuzioni linguistiche comuni: amministrare la *res publica* significa in sostanza prendersi cura degli interessi pubblici, intesi come interessi di tutti, in modo imparziale.

Tuttavia, ogni definizione linguistica è messa a dura prova quando viene calata in situazioni concrete. Dunque, è possibile fornire una soluzione unitaria al problema della definizione di amministrazione pubblica, oppure i molteplici fattori esogeni impediscono, con limiti invalicabili, di raggiungere tale scopo?

Ancorché l'ordinamento sia privo di una nozione espressa e unitaria di pubblica amministrazione, sebbene il nostro ordinamento non sia privo di riferimenti normativi<sup>19</sup> che indirettamente la richiamano, può ammettersi

di ente pubblico non economico e di organismo di diritto pubblico. Il parere non è rimasto esente da critiche (cfr. M. Ramajoli, *Sulla natura delle università libere*, in *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di A. Marra, Torino, Giappichelli, 2020, 128; A. Sandulli, *L'Università da sistema a mercato*, relazione tenuta al webinar su «Dieci anni dopo. La riforma dell'università nella giurisprudenza», organizzato dall'Università di Milano, lunedì 15 marzo 2021) perché si nega indiscriminatamente la natura di organismo di diritto pubblico per tutti gli atenei non statali, senza compiere una specifica e puntuale analisi della nozione funzionale di pubblica amministrazione ai fini dell'evidenza pubblica.

<sup>18</sup> L. Casini, *I confini e le dimensioni*, cit., 42.

<sup>19</sup> Basti pensare all'art. 1, c. 1-bis e 1-ter, l. n. 241/1990, ovvero all'intestazione («Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa») della l. 15

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

l'esistenza di un minimo di significato costante<sup>20</sup> nelle plurime modalità di gestione e organizzazione della *res publica*<sup>21</sup>.

Nel corso dell'ultimo cinquantennio si registrano due tendenze: da un lato, quella di compattare/accentrare e, dall'altro, quella di decentrare/disaggregare l'amministrazione dello Stato. Basti pensare al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (testo unico sulle società a partecipazione pubblica) che esprime il tentativo del legislatore di disciplinare unitariamente sia le società-imprese che le società-enti di erogazione di servizi. In materia, rileva evidenziare che la «tensione»<sup>22</sup> fra chi predilige compattare e chi disaggregare l'organizzazione pubblica sembrerebbe alimentata non solo da interventi legislativi, interni o comunitari, bensì anche da fenomeni sociali e naturali, come il progresso tecnologico e le crisi pandemiche.

Al fine di riallacciare i rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione, le *Information and Communication Technologies* (ICT) rappresentano un volano che solo di recente hanno ricevuto attenzione da parte del legislatore. Tuttavia, se, da un lato, l'amministrazione digitale sembrerebbe essere caratterizzata da una maggior trasparenza e fruibilità dei servizi e delle funzioni erogati, dall'altro il processo di digitalizzazione potrebbe costituire un *boomerang* laddove comporti un'automazione dei processi di svolgimento dell'attività amministrativa.

Più in generale, emerge l'esigenza di analizzare il ruolo del Parlamento di fronte alle grandi innovazioni tecnologiche, come quella digitale che dovrebbe acquisire centralità, oltre alla capacità di affrontare il futuro in modo da non subirlo. Eppure, in altre circostanze, le assemblee rappresentative non sono state in grado di assumere il rilievo (meritato e) sperato. Si pensi alla gestione delle situazioni emergenziali, come le crisi economiche o catastrofi naturali (come l'emergenza epidemiologica da COVID-19).

In tali casi, si è registrata un'espansione del ruolo degli esecutivi nazionali e della Commissione europea che ha comportato l'introduzione di misure di contenimento di siffatti fenomeni, talvolta incidenti sul perimetro della pubblica amministrazione. Invero, tali interventi hanno prodotto un'indebita frammentazione dell'amministrazione dell'emergenza, alimentata an-

marzo 1997, n. 59, c.d. legge Bassanini, che contiene la delega al governo per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa, ovvero ancora all'art. 7, c. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo).

<sup>20</sup> D. Siclari, *Un'idea di amministrazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 453.

<sup>21</sup> In tal senso, non appare poi così distante la nozione proposta dagli economisti di un'amministrazione «aziendale»: sul punto, cfr. P. Onida, *L'azienda. Primi principi di gestione e di organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1954.

<sup>22</sup> S. Cassese, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 471.

che dal rilievo per cui la gestione delle emergenze cosiddette naturali non trova riscontro normativo a livello europeo<sup>23</sup>. Neppure la nostra Costituzione<sup>24</sup> contiene disposizioni dedicate all'emergenza, lasciando il compito di normarne le conseguenze al legislatore ordinario e alle fonti regolamentari.

Siffatto «bisogno di diritto»<sup>25</sup> in tempo d'emergenza ha contribuito a rendere i contorni della pubblica amministrazione sempre meno definiti.

In molti<sup>26</sup> si sono pronunciati per una nozione funzionale di pubblica amministrazione; altri<sup>27</sup> ancora registrano la tendenza nel nostro ordinamento di una ricostruzione in termini «oggettivi» di pubblica amministrazione.

<sup>23</sup> Giova ricordare che nel 2002 è stato istituito il fondo solidarietà dell'Unione europea, alimentato da ciascun Stato membro, per fronteggiare i casi di emergenza. Si tratta, tuttavia, di «meri» stanziamenti finanziari, e non di una vera e propria disciplina comune dell'emergenza.

Un'eccezione al rilievo per cui non si riscontra una disciplina precipua dell'emergenza a livello comunitario è costituita dalle misure messe a punto dall'Unione europea per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, al fine di garantire strumenti di sostegno economico-finanziario agli Stati membri (si v. il *Recovery Fund*) e di definire un indirizzo comune rivolto alle variegate discipline nazionali che gli Stati membri possono introdurre. Anche se ogni Stato membro è responsabile della gestione e del finanziamento dei servizi sanitari e dell'assistenza medica sul proprio territorio, queste misure hanno incluso l'introduzione di un regime di autorizzazioni all'exportazione, la costituzione di scorte strategiche di materiale medico e di dispositivi di protezione individuale finanziate dall'UE e la creazione di uno strumento informatico per favorire l'incontro tra domanda e offerta di attrezzature mediche. Sul punto, si v. C. conti europea, *Il contributo iniziale dell'UE alla risposta della sanità pubblica alla COVID-19*, analisi 21 dicembre 2020, n. 1.

<sup>24</sup> Invero, la Carta costituzionale prevede alcune disposizioni che contemplan la necessità/urgenza: si pensi, in particolare, alla previsione del decreto-legge (art. 77, Cost.), ed alla deliberazione dello stato di guerra (art. 78, Cost.), che costituisce la situazione emergenziale per eccellenza. Sul punto, cfr. F.Vari, *Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 191.

<sup>25</sup> F. Donati, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 29.

<sup>26</sup> Cfr. M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2004, 12 secondo il quale «appena si abbandona il terreno puramente descrittivo, le cose si complicano notevolmente, al punto che riesce difficile anche solo precisare che cosa si intende per pubblica amministrazione: non perché manchi una definizione, ma perché ce ne sono troppe». A tale affermazione possono seguire alcune considerazioni: una definizione generica di pubblica amministrazione, come si è visto, manca; in secondo luogo, non ci si dovrebbe lasciare spaventare dall'elevato numero di organizzazioni amministrative, ove la finalità di un'analisi sulla nozione non è quella di ricondurla necessariamente a unità; E. Casetta e S. Foà, voce *Pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.* aggiornamento, Torino, UTET, 2000, 437-458, sull'esistenza di diverse nozioni funzionali.

<sup>27</sup> M. Di Lullo, *Soggetti privati «pubbliche amministrazioni» ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amm. - C.d.S. (II)*, 2013, 3579.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

Tuttavia, non sembrano potersi condividere né la prima né la seconda interpretazione in quanto, come si avrà modo di verificare nel prosieguo della presente analisi, le influenze che derivano dall'ordinamento comunitario, nonché la molteplicità di contesti socio-economici nei quali la pubblica amministrazione opera quotidianamente, costringono l'interprete a uno sforzo ulteriore e a non limitarsi ad osservare esclusivamente il dato funzionale. Mediante un approccio empirico, si verificherà la tenuta della nozione funzionale di pubblica amministrazione, ovvero se si debba piuttosto condividere quell'orientamento che imposta la questione in termini di «pluralismo amministrativo»<sup>28</sup>.

### 2. Il contributo europeo alla costruzione del “funzionalismo” della p.a.

Ripercorrere in rassegna le interrelazioni tra l'ordinamento comunitario e il diritto amministrativo italiano esulerebbe dalle finalità preposte alla presente analisi. Sembra tuttavia opportuno registrare quelle interferenze che hanno contribuito alla trasformazione della pubblica amministrazione, conformandola ai principi europei.

Si rileva che, oltre a quello italiano, anche l'ordinamento europeo è privo di una nozione espressa di pubblica amministrazione, quanto meno intesa in termini di “apparato” o di “organizzazione”.

Rispetto ai precedenti accordi, il Trattato di Lisbona rappresenta un'inversione di tendenza in quanto prevede per la prima volta una disposizione generale sulla pubblica amministrazione dell'Unione all'art. 298, TFUE<sup>29</sup> senza, tuttavia, fornirne una precisa nozione, complicando il compito di individuare il filo conduttore nei riferimenti alla pubblica amministrazione contenuti nel TFUE. Stante la lacuna legislativa, si è diffusa a livello comunitario la tendenza ad ancorare la nozione in discorso al tipo di attività esecutivo-amministrativa<sup>30</sup> svolta dall'apparato burocratico. In particolare, si è ritenuto

<sup>28</sup> S. Cassese, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, cit. Nondimeno, occorre precisare che il richiamo dell'Autore al concetto di “pluralismo” sembrerebbe essere stato impiegato per descrivere la frammentarietà dei rapporti sociali, e non già alle varie forme che può assumere l'amministrazione in correlazione alle eventuali cause esogene.

<sup>29</sup> Art. 298, par. 1 TFUE: «Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente».

<sup>30</sup> Una siffatta impostazione era già presente negli scritti di G. Zanobini, *Amministrazione pubblica* (voce), in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 233 ss., ove l'Autore qualificava l'amministrazione pubblica mediante il ricorso all'attività, in particolare a quella che qua-

che coesistono, nell'ordinamento comunitario, due modelli di pubblica amministrazione: «uno di tipo soggettivo, in cui anche nozioni genuinamente comunitarie, come gli “organismi di diritto pubblico”, sono considerate alla stregua di figure giuridiche soggettive; l'altro di tipo funzionale<sup>31</sup>, ove l'uso della medesima nozione interessa principalmente l'effetto utile del diritto comunitario»<sup>32</sup>.

A fronte del richiamato vuoto normativo, trasfuso poi nei singoli ordinamenti nazionali, la giurisprudenza comunitaria ha fornito una definizione dell'amministrazione pubblica «per negazione»<sup>33</sup>. Secondo un orientamento siffatta carenza sembrerebbe trovare conforto, da un lato, nelle peculiarità che connotano ciascun ordinamento nazionale e, dall'altro, nell'articolazione delle relazioni che l'Unione europea intrattiene con gli ordinamenti nazionali in base al principio di «autonomia istituzionale»<sup>34</sup>. Quest'ultimo non può comunque soddisfare le esigenze di omogeneizzazione degli apparati burocratici a livello europeo, in un settore vitale, sia per l'economia che per i cittadini, come quello della pubblica amministrazione.

In tal senso, l'art. 45, par. 4<sup>35</sup>, TFUE stabilisce che il principio di libera circolazione delle persone per ragioni di lavoro non è applicabile agli impieghi nella pubblica amministrazione. La Corte di giustizia europea ha fornito un'interpretazione restrittiva della norma in discorso<sup>36</sup>, al fine di evitare che «l'efficacia pratica e la portata delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei lavoratori e alla parità di trattamento dei cittadini di tutti gli Stati membri siano limitate da interpretazioni della nozione di pubblica amministrazione tratte dal solo diritto nazionale e che ostino all'applicazio-

lunque soggetto, persona fisica o giuridica, svolge in modo continuativo per la cura dei suoi interessi e il conseguimento delle sue finalità.

<sup>31</sup> S. Mangiameli, *L'amministrazione fra integrazione, unificazione e Verflechtung europea*, in *Rivista AIC, Atti di Convegni, Convegno annuale – 2005: L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Catania, 14-15 ottobre 2005.

<sup>32</sup> M.P. Chiti, *La pubblica amministrazione*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2018, 199.

<sup>33</sup> S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 921.

<sup>34</sup> J.A. Moreno Molina, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 582.

<sup>35</sup> Nulla è cambiato rispetto al precedente Trattato della Comunità europea, che replicava le medesime disposizioni nell'art. 39.

<sup>36</sup> C. giust. UE, sent. 16 giugno 1987, causa 225/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1987, 2625, p.to 7. Sussiste tuttavia un'eccezione che è quella data dal settore della navigazione, come si afferma nella C. giust. UE sent. 2 luglio 1996, causa C-290/94, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* 1996, I-3285, p.to 34.

## **il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione**

ne delle norme comunitarie»<sup>37</sup>. Di conseguenza, la questione della nozione di pubblica amministrazione a livello comunitario, in ossequio agli orientamenti della Corte di giustizia, viene descritta in termini “funzionali” e non già «istituzionali»<sup>38</sup>. In questo senso si era già pronunciato Enrico Presutti, affermando che «il puro fenomeno giuridico, il puro fenomeno amministrativo, sono mere astrazioni e [...] quando si considera una concreta attività, non si può prescindere dall'intreccio e dalla mutua azione dei vari fattori che ne hanno determinato il contenuto»<sup>39</sup>.

Tali considerazioni troverebbero conforto nel fatto che una nozione funzionale di pubblica amministrazione ne limiterebbe l'ambito di applicazione agli enti che svolgono attività strettamente correlate al perseguimento di un interesse pubblico. Difatti, ancorare il problema della nozione di pubblica amministrazione all'esigenza di garantire una risposta efficiente a seconda dell'interesse collettivo di riferimento avrebbe come conseguenza quella di impedire alla pubblica amministrazione di adattarsi e gestire situazioni imprevedibili ed emergenziali, che dipendono da fattori esogeni, interni o esterni, potenzialmente estranei alla funzione ad essa attribuita.

### **3. La nozione finanziaria di pubblica amministrazione**

Se l'ordinamento europeo si è preoccupato di individuare una nozione funzionale-oggettiva di pubblica amministrazione, il nostro legislatore ha introdotto alcune disposizioni in materia di finanzia pubblica che ne definiscono anche l'ambito sostanziale-soggettivo.

Al fine di individuare la compagine di organizzazioni tenute a rispettare la normativa europea, la legge finanziaria per il 2005 ha conferito all'ISTAT il compito di redigere, annualmente (non oltre il 31 luglio di ogni anno), un elenco delle amministrazioni pubbliche.

La normativa successiva ha di fatto confermato il ruolo dell'Istituto in un'ottica di coordinamento della finanzia pubblica, atteso che le amministrazioni individuate nell'Elenco, ai sensi dell'art. 1, c. 1, l. 31 dicembre 2009,

<sup>37</sup> C. giust. UE sent. 17 dicembre 1980, causa 149/79, Commissione c. Belgio, in *Racc.* 1980, 3881 ss., p.to 12, ed anche 17 e 18, ove si precisa che la definizione della nozione non può essere rimessa alla totale discrezionalità degli Stati membri.

<sup>38</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl, 12 giugno 2003, causa C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*, in *Racc.* 2003, I-10447 ss., p.to 64.

<sup>39</sup> E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Messina, Casa editrice Giuseppe Principato, 1931, 36.

n. 196, «concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea». Tale disposizione, indicativa dell'influenza dell'ordinamento comunitario, attribuisce all'amministrazione pubblica una nuova connotazione, di tipo finanziario, al precipuo scopo di assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico.

Le riforme di finanza pubblica dell'ultimo decennio, a cominciare da quella della contabilità pubblica del 2009 (e successive modificazioni), a cui ha fatto seguito il decreto legislativo in materia di *spending review* per regioni ed enti ad esse collegati (d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118; per gli enti locali, il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), introducono regole finalizzate alla realizzazione di una politica di bilancio trasparente, prudente e convergente verso la «buona amministrazione»<sup>40</sup>.

Più precisamente, una buona amministrazione è quella in grado di erogare i servizi e le funzioni ad essa connessi in modo efficiente ed economico. In quest'ottica, la *ratio* del nuovo testo dell'art. 97, unitamente alla riscrittura dell'art. 81, Cost., intervenuta con la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, e la successiva l. rinforzata n. 243, «consiste nella consapevolezza che vincolare all'equilibrio di bilancio e alla sostenibilità del debito ogni amministrazione pubblica, significhi garantire il rispetto di tali principi sul complesso delle amministrazioni pubbliche»<sup>41</sup>.

In base ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 97, secondo comma, della Costituzione, in combinato disposto con gli artt. 81, 117 e 119, tutti gli obiettivi sanciti dall'ordinamento comunitario sono traslati nel nostro ordinamento, assegnando così al principio di buon andamento della pubblica amministrazione una valenza anche finanziaria.

L'espressione non chiara e non ben formulata<sup>42</sup> di «pubbliche ammini-

<sup>40</sup> G. Colombini, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *federalismi.it*, 2017, n. 4.

Nella Carta di Nizza si rinviene l'espressione «diritto ad una buona amministrazione» che trova il suo corollario nel principio di «sana gestione» previsto nei Trattati e nei regolamenti finanziari dell'Unione europea in materia di bilancio: sul punto, cfr. l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali DELL'UE, nonché gli artt. 317, 318, 319, 322, 325 del Trattato sul funzionamento dell'UE in relazione alla materia del bilancio dell'Unione.

<sup>41</sup> G. Bottino, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 694.

<sup>42</sup> Sui profili critici della definizione di «pubbliche amministrazioni», all'interno del nuovo comma dell'art. 97 Cost., cfr. M. Luciani, *L'equilibrio dei bilanci e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno «Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012», C. cost., 22 novembre 2013, in *www.cortecostituzionale.it*, 25.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

strazioni», che costituisce l'*incipit* del nuovo testo dell'art. 97, Cost.<sup>43</sup>, rinvia all'«Elenco annuale delle amministrazioni pubbliche», redatto dall'ISTAT e che trova riconoscimento normativo nell'art. 1, c. 3 della l. n. 196/2009.

Vero è che assegnare all'ISTAT il compito di censire «le pubbliche amministrazioni» significa delimitare notevolmente il campo di applicazione dei criteri indicati nel Sistema europeo dei conti nazionali e regionali (d'ora SEC)<sup>44</sup> del 2010 previsto dal Reg. UE n. 549/2013. La portata applicativa della norma in discorso si estende alle «unità istituzionali», che compongono il settore S.13 del SEC nell'ambito del quale, oltre alle amministrazioni e agli enti pubblici (statali, regionali e locali), di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, viene ricompresa una serie abbastanza numerosa di altri enti e società, incluse quelle *in house*<sup>45</sup>. Eppure, secondo una dottrina<sup>46</sup>, la definizione di cui alla legge n. 243/2012 taglierebbe fuori dal novero delle pubbliche amministrazioni i soggetti che svolgono attività di interesse generale in forma giuridica privata.

Secondo un altro orientamento, la definizione finanziaria di pubblica amministrazione, costruita in base ai criteri del SEC2010, si discosterebbe dal modello delle tradizionali definizioni giuridiche, in quanto queste ultime sarebbero «cristallizzate» in testi normativi, presentando un certo grado di stabilità, mentre i criteri adoperati dall'ISTAT per individuare le amministrazioni pubbliche poggiano su «circostanze di fatto che per loro natura sono mutevoli nel tempo»<sup>47</sup>.

Tuttavia, la mutevolezza dei criteri economico-finanziari, con quali l'ISTAT si deve raffrontare annualmente per la compilazione dell'elenco, non

<sup>43</sup> Sul nuovo primo comma dell'art. 97 Cost., relativo alla introduzione di una nozione finanziaria di amministrazione pubblica tenuta al rispetto dei principi del nuovo diritto del bilancio e delle norme relative al SEC2010, cfr. G. Colombini, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost.*, in *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Milano, Giuffrè, 2019, 381 ss.; nonché S. Cimini, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, a cura di A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostrini, G. Colombini, M. Degni, P. Ferro, P. Italia, e V. Manzetti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

<sup>44</sup> Il Sistema europeo dei conti nazionali e regionali (SEC) è un regolamento che stabilisce le norme, le convenzioni, le definizioni e le classificazioni da utilizzare nella compilazione dei conti nazionali degli Stati membri previsti nel programma di trasmissione di dati all'Unione europea.

<sup>45</sup> Ciò è riscontrabile nell'ultimo elenco ISTAT pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, 30 settembre 2020, n. 242.

<sup>46</sup> G. Bottino, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, cit., 695.

<sup>47</sup> W. Giulietti e M. Trimarchi, *Nozione di amministrazione pubblica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 939.

deve essere intesa necessariamente in termini negativi: difatti, il carattere “precario” della nozione finanziaria<sup>48</sup> di pubblica amministrazione ne rispecchia la natura variabile al netto di fattori esogeni come le emergenze sanitarie o le crisi economiche. A ben vedere, l’individuazione delle pubbliche amministrazioni mediante l’elenco ISTAT potrebbe rischiare di generare una sovrapposizione tra finalità statistiche ed esigenze giuridico-amministrative, con incognite connesse all’utilizzo dei risultati statistici per finalità ulteriori a quelle sue proprie.

In questo senso, le sezioni riunite della Corte dei conti<sup>49</sup>, investite dal legislatore della giurisdizione sui ricorsi avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall’ISTAT<sup>50</sup>, hanno inteso

<sup>48</sup> Giova rilevare le recenti modifiche «principio di legalità contabile-finanziaria» ad opera del cosiddetto «decreto semplificazioni» (d.l. n. 76/2020), con ripercussioni anche sulla “nozione finanziaria” di amministrazione pubblica funzionalmente connessa al rispetto dei principi del nuovo diritto del bilancio e delle regole europee del SEC2010; sul punto, cfr. G. Colombini, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica ovvero dei falsari di parole*, *federalismi.it*, 2021, n. 29 secondo cui le limitazioni previste dal d.l. n. 76, sebbene temporanee, si pongono «in palese contrasto [...] con l’art. 97 Cost., che ha introdotto in costituzione una “nozione finanziaria” di amministrazione pubblica funzionalmente connessa al rispetto dei principi del nuovo diritto del bilancio e delle regole europee del SEC2010».

<sup>49</sup> Corte conti, sez. riun., 27 novembre 2013, n. 7.

<sup>50</sup> Stante il rilievo del tema della giustiziabilità dell’elenco ISTAT, si procederà, ai limitati fini della presente analisi, ad una ricostruzione sommaria della giurisprudenza contabile più recente sul punto, rimettendo a future analisi il doveroso compito di condurre ulteriori approfondimenti.

Occorre anzitutto precisare che il legislatore è di recente intervenuto sulla competenza delle sezioni riunite della Corte dei conti a dirimere le controversie in merito all’inclusione nell’elenco ISTAT degli enti che sono suscettibili di incidere sulle finanze pubbliche, operando un restringimento della cognizione del giudice contabile «ai soli fini dell’applicazione della normativa nazionale sul contenimento della spesa pubblica» (cfr. nuovo art. 11, c. 6, lett. b), d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, come modificato dall’art. 23-*quater*, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con mod. nella l. 18 dicembre 2020, n. 176).

Stante la novità normativa, l’intervento delle Sezioni riunite della Corte dei conti non si è lasciato attendere: con l’ordinanza 3 giugno 2021, n. 5 il giudice contabile ha sollevato la questione di pregiudizialità comunitaria *ex art. 267 TFUE* in ordine alla compatibilità fra il predetto art. 23-*quater* e il reg. UE n. 549/2013 – il cui allegato “A” contiene il SEC2010 – in ragione dell’ingiustificato depauperamento di funzioni attribuite all’Istituto contabile.

Invero, la questione oggetto dell’ordinanza in parola è ben più complicata di come si è accennato, in quanto, oltre a riportare gli evidenti contrasti dell’art. 23-*quater* con gli artt. 81 e 97 Cost., si evidenzia il vuoto di tutela che si è venuto a creare dopo l’intervento legislativo in materia di elenco ISTAT.

In epoca antecedente al d.l. n. 137 era la Corte dei conti a giudicare in modo esclusivo anche sulla perimetrazione dell’area dei soggetti che contribuiscono a formare il saldo del c.d. conto economico consolidato.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

come “pubbliche” quelle che rispondono ai parametri definiti negli specifici regolamenti dell’Unione europea: parametri la cui definizione è rimessa proprio agli istituti nazionali di statistica. Infatti, è la stessa Corte dei conti, nella pronuncia sopra richiamata, ad affermare che non avrebbe senso l’inserimento di un elenco di amministrazioni pubbliche in un *corpus* normativo, stante la rapidità con la quale muta il novero degli enti sottoposti ai vincoli finanziari. Ciò non costituirebbe alcuna violazione del principio di legalità, di cui al combinato disposto tra gli artt. 97, secondo comma, della Costituzione e 1, co. 1, l. 241/90, se si conferisse all’Elenco natura regolamentare<sup>51</sup> e non già di mero atto amministrativo.

In aggiunta, sembrerebbe che l’elenco redatto annualmente dall’ISTAT corrisponda a un’identificazione “storica” delle amministrazioni pubbliche, delimitando l’ambito applicativo delle disposizioni in materia. Ne emerge che, a fronte della molteplicità di enti pubblici che popolano il quadro or-

Ad oggi, si possono rinvenire due impostazioni: una, sposata dall’Avvocatura dello Stato, secondo cui l’art. 23-*quater* avrebbe comportato una riespansione della giurisdizione amministrativa; l’altra, sottoscritta dal giudice contabile, per cui alla Corte dei conti sarebbe demandato il compito di svolgere il controllo successivo sulla corretta determinazione dei saldi di bilancio e, di conseguenza, di giudicare sui bilanci pubblici, sia preventivi (*budget*) che di rendiconto, nonché sugli atti consequenziali o presupposti, come è l’elenco ISTAT.

A sostegno di tale lettura, la Corte richiama l’art 11, c. 6, lettera *b*), del codice di giustizia contabile, il quale dispone che «Le sezioni riunite in speciale composizione, nell’esercizio della propria giurisdizione esclusiva in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado sui giudizi [...] in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall’ISTAT». Secondo la giurisprudenza contabile consolidata, l’oggetto del giudizio in questione consiste nella valutazione della corretta perimetrazione soggettiva che prelude alla determinazione dei saldi di bilancio.

In sostanza, nell’ordinanza n. 5 in commento la Corte dei conti ritiene «che la volontà del legislatore, come oggettivata nella disposizione in esame sia quella di escludere qualsiasi sindacato sul conto consolidato dello Stato italiano, eliminando qualsiasi verifica sulla corretta individuazione degli enti che, essendo stati inclusi nell’elenco ISTAT, concorrono alla sua determinazione.

[...] la riforma effettuata con l’art. 23-*quater* del d.l. n. 137/2020 ha inciso sull’effettività delle decisioni già assunte e divenute definitive e ha ridotto l’ambito di giurisdizione di questo giudice o comunque l’effettività delle relative decisioni per il futuro».

Sembrerebbe, in ultima analisi, che l’intervento legislativo impedisca la verifica giurisdizionale sull’esatta applicazione del SEC2010 da parte dell’ISTAT ai fini della perimetrazione del settore S13 e quindi sulla correttezza, trasparenza ed affidabilità dei saldi di bilancio, tenuto conto del rilievo per cui è lo stesso codice di giustizia contabile ad affermare che la giurisdizione contabile è “esclusiva” e in quanto tale non ammette altro giudice.

<sup>51</sup> Ancorché gli istituti nazionali rientrano nella categoria degli enti pubblici non economici, sarebbe auspicabile una riforma istituzionale tale da consentire di qualificare l’Istat come autorità indipendente, stante il ruolo oggettivo e imparziale che ricopre.

dinamentale italiano e comunitario, la fonte della nozione finanziaria della pubblica amministrazione può rinvenirsi nell'inclusione di tali enti nell'elenco ISTAT.

La natura "pubblica" dell'ente oggetto di valutazione dipende dai parametri indicati dal SEC2010, così come applicati dall'ISTAT annualmente, considerando come pubbliche amministrazioni quelle unità istituzionali che si configurano quali soggetti pubblici economici e svolgono attività di produzione di beni e servizi non destinate al mercato<sup>52</sup>.

Tale sistema sarebbe però integrato anche da ulteriori indicatori, come quelli del controllo e del finanziamento pubblico che divengono fattori determinanti.

Circa il fattore del controllo, Pietro Onida ha rilevato che le pubbliche amministrazioni possono essere definite come «un complesso economico che sotto il nome di un soggetto giuridico (titolare) e il controllo di un soggetto economico, ha in vita un sistema continuamente rinnovantesi e mutevole di operazioni attendibili mercé una duratura, sebbene rigida, organizzazione di lavoro, per la soddisfazione di bisogni umani, in quanto questa richiede produzione o acquisizione e consumo di beni economici»<sup>53</sup>.

Dunque, anche per le discipline aziendalistiche non sarebbe possibile ricondurre a unità la nozione di pubblica amministrazione, stante la molteplicità delle contingenze umane e naturali a cui occorre far fronte. Eppure, tale considerazione, desunta dall'applicazione dei criteri distintivi tipici delle dottrine aziendali – natura del soggetto economico, caratteri oggettivi dell'attività svolta e natura del soggetto giuridico – sembra essere contraddetta dalla definizione giuridica rinvenibile nell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, che contiene effettivamente un elenco degli enti che rientrano nel settore pubblico allargato.

Viene da chiedersi allora quali funzioni svolgano rispettivamente l'elenco di cui all'art. 1, c. 2, citato e l'elenco ISTAT. La risposta deve rintracciarsi nel rilievo per cui l'elenco individuato dal citato art. 1, c. 2, non può che riferirsi a un ambito applicativo ben definito, in quanto il precedente c. 1 si riferisce all'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. In questi termini, il d.lgs. n. 165 sembrerebbe avere una portata più ristretta rispetto all'elenco ISTAT i cui criteri selettivi dipendono da molteplici fattori. Resta il fatto che l'elenco tenuto dall'ISTAT sembrerebbe essere l'unico strumento attualmente in grado

<sup>52</sup> F.G. Grandis e G. Mattei, *L'elenco Istat e la nozione di "pubblica amministrazione"*, in *Riv. Corte conti*, 2014, 540.

<sup>53</sup> P. Onida, *L'azienda*, cit., 11.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

di riordinare il complesso e variegato settore delle amministrazioni pubbliche, sebbene solo con riferimento ai vincoli finanziari.

Potrebbe risultare problematica l'esclusione dall'Elenco delle società a partecipazione pubblica, sebbene ciò sia stato tradizionalmente giustificato dal fatto che il rispetto da parte di tali enti delle regole sul coordinamento della finanza pubblica è già sottoposto al controllo della Corte dei conti.

Un'eccezione sarebbe costituita dalle società *in house*, considerate appunto come *longa manus* dell'amministrazione pubblica, ancorché la Corte costituzionale<sup>54</sup> ne ha giustificato l'esclusione dal patto di bilancio in ragione del potenziale contrasto con la stessa disciplina comunitaria, in quanto verrebbero a scindersi le due entità (società e ente pubblico), determinando così un ingiustificato *favor* nei confronti di questa modalità di gestione dei servizi pubblici. Secondo tali considerazioni, l'elaborazione di matrice europea di una nozione finanziaria di pubblica amministrazione troverebbe conforto nell'esigenza di "far quadrare i conti", facendo opportuna attenzione a non limitarsi al solo profilo ragionieristico. Infatti, garantire l'equilibrio a livello nazionale dei conti pubblici significa gestire in modo perequato le risorse a disposizione, che per definizione sono limitate, nonché un'efficace tutela dei diritti fondamentali.

Orbene, da quanto premesso sembrerebbe che, nonostante l'influenza comunitaria in termini funzionali e i tentativi del legislatore nazionale di delimitare la portata generica della definizione di pubblica amministrazione al fine dell'applicabilità dei vincoli di finanza pubblica – anch'essi di derivazione comunitaria – tale nozione, così costruita, sia di ostacolo ad un'efficiente risposta amministrativa alle cicliche situazioni di crisi. In questo senso, dovrebbe piuttosto tenersi in considerazione l'assunto in base al quale «potrebbero esservi tante definizioni di pubblica amministrazione quante sono le volte che c'è bisogno di esse»<sup>55</sup>, consentendo così di conformare l'attività amministrativa al buon andamento e alla proporzionalità.

### 4. L'amministrazione pubblica in forma privata è ancora rilevante?

L'inclusione nell'elenco ISTAT di soggetti *in limine* tra pubblico e privato, come, ad esempio, la Federazione italiana triathlon<sup>56</sup>, fa sorgere la necessi-

<sup>54</sup> C. cost., sent. 20 marzo 2013, n. 46.

<sup>55</sup> S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 915.

<sup>56</sup> Sul punto, cfr. Corte conti, ord. 10 giugno 2021, n. 6; in senso conforme all'ordinan-

tà di approfondire la questione del pluralismo delle fonti che disciplinano la materia organizzativa pubblica e del conseguente venir meno di una marcata distinzione fra le categorie giuridiche pubblica-privata. A tal fine, si analizzeranno taluni arresti giurisprudenziali su casi concreti.

I nuovi approdi giurisprudenziali, in particolare della giurisprudenza amministrativa, confermano la tendenza per cui il giudice predilige la valutazione dell'attività amministrativa in base alle regole del procedimento, a prescindere dalla natura del soggetto. In questo senso, la cura di un interesse pubblico può essere intrapresa da qualunque soggetto giuridico<sup>57</sup>: basti qui richiamare il c. 1-ter dell'art. 1, l. n. 241/1990, in base al quale «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge».

In tal senso, si rilevano soggetti che assumono l'ufficio di compiere attività dirette alla cura di interessi generali della comunità di appartenenza. Tali sono i *munera* e gli *officia*<sup>58</sup> che sono diventati lo strumento dell'azione giuridica degli enti di fatto. Solo con l'art. 4, l. 20 marzo 1975, n. 70, si è stabilito che «nessun nuovo ente pubblico può essere costituito o riconosciuto se non per legge». Tuttavia, la norma non esclude la possibilità di un riconoscimento non esplicito, basato sulla previsione normativa degli elementi sintomatici della natura pubblica di un ente.

Occorre chiedersi se i soggetti che assumono (o a cui viene attribuita) la cura di un interesse generale siano dotati, per ciò stesso, del carattere di pubblicità. La questione non consiste tanto nella pubblicizzazione del diritto privato o nella privatizzazione del diritto pubblico, quanto piuttosto nella «permeabilità delle forme (pubbliche o private, non importa) dell'organizzazione e dell'attività dell'amministrazione a quei principi costituzionali che caratterizzano la struttura e la funzione del potere pubblico nel nostro ordinamento»<sup>59</sup>. Eppure la dicotomia pubblico-privato ha monopolizzato a lungo il dibattito giuridico, nell'ambito del quale la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato, nel corso degli ultimi decenni, diversi criteri per l'individuazione della pubblicità di un ente. Anzitutto, vi è quello del

za n. 5/2021 di cui sopra, sul caso Ferrovienord S.p.A.

<sup>57</sup> G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, Wolter Kluwer-Cedam, 2018, 22.

<sup>58</sup> Sulle nozioni di tali istituti si rinvia a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1993, 124-130.

<sup>59</sup> C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, 56-57.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

fine perseguito, che – tautologicamente – deve essere “pubblico”. Ulteriore presupposto per il riconoscimento della pubblicità si rinviene nel nesso di strumentalità o di servizio che deve legare l’ente stesso a una pubblica amministrazione. Altri indici sono stati individuati dalla Corte dei conti nella presenza di controlli pubblici<sup>60</sup>, nella partecipazione dello Stato o di altra pubblica amministrazione alle spese di gestione. Dunque, non solo l’ente deve operare per il perseguimento di un fine pubblico, ma deve in qualche modo essere “collegato” a un ente pubblico<sup>61</sup>.

Superata la ricerca ossessiva di un criterio unitario di distinzione fra gli enti pubblici e quelli privati, la tendenza odierna è quella di assottigliare quanto più possibile la linea di demarcazione fra pubblico e privato, ponendo l’attenzione non già tanto sulla forma assunta dall’ente quanto piuttosto sull’oggetto dell’azione amministrativa, ovvero la tutela di un diritto costituzionalmente garantito.

La stessa produzione giurisprudenziale dell’ultimo ventennio sul riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, o contabile in materia di enti pubblici, dimostra la scomparsa di confini netti fra pubblico e privato. A seguito del processo di privatizzazione degli enti pubblici economici, la giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>62</sup> si è adeguata

<sup>60</sup> In questo senso si è espressa recentemente la Corte dei conti, sez. riun. in spec. comp., 22 maggio 2019, n. 16, che ha fatto chiarezza sulla nozione di “controllo pubblico” circa le società partecipate. L’Istituto contabile ha affermato che la qualificazione di una società a partecipazione pubblica come «società a controllo pubblico» (ai sensi dell’art. 1, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 175/2016) si fonda sull’effettiva influenza degli enti partecipanti in ordine all’assunzione delle «decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale» ed è ravvisabile unicamente quando, in virtù di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, le decisioni strategiche per la vita sociale richiedano il consenso unanime delle amministrazioni pubbliche che esercitano il controllo, restando escluso che la menzionata qualificazione possa essere desunta da «comportamenti univoci o concludenti» che consentano di configurare il «controllo congiunto» degli enti controllanti. Ne discende che l’accertamento della sussistenza dello statuto di società a controllo pubblico non può essere desunto da meri indici costituiti dal possesso, da parte dei soci pubblici, della maggioranza di azioni e di consiglieri ma richiede un accertamento in concreto sulla sussistenza delle condizioni richieste dall’art. 2, c. 1, lett. b), del testo unico. Quanto detto trova conforto anche dalla giurisprudenza di merito (cfr. Trib. imprese Napoli, 7 novembre 2019, in F. Fimmanò e F. Sucameli, *Gli indici formali e legali di “controllo pubblico” e i fatti concludenti dell’abuso di eterodirezione*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 19, la quale ha di recente affermato che la prova positiva dell’influenza dominante esercitata dall’ente pubblico socio deve essere individuata in circostanze fattuali reiterate e non in indici formali.

<sup>61</sup> S. D’Ancona, *L’evoluzione del concetto di pubblica amministrazione nel diritto nazionale*, in *Diritto amministrativo nell’Unione europea*, a cura di D.U. Galetta, Torino, Giappichelli, 2020, 27.

<sup>62</sup> Si v. Cass., sez. un., ord. n. 19667/2003, che registra un passo in avanti nello studio

ai principi espressi dalla Corte costituzionale con la sentenza 28 dicembre 1993, n. 466<sup>63</sup>, affermando che la pubblica amministrazione si sarebbe dovuta qualificare sia in senso soggettivo che procedimentale.

Di talché, all'approccio "sostanzialistico", sorto in sede di legittimità, si sostituisce il criterio oggettivo della natura pubblica del soggetto agente, basata sull'attività da questo svolta.

Rispetto ai soggetti esterni alla pubblica amministrazione, emerse in passato il problema di regolare un fenomeno sempre più diffuso, soprattutto fra gli enti locali, ovvero quello della partecipazione pubblica in società in forma privata per l'erogazione di servizi di interesse collettivo<sup>64</sup>.

Solo di recente il legislatore ha introdotto una disciplina legislativa *ad hoc* che deroga parzialmente alla normativa comune di diritto privato<sup>65</sup>.

Dunque, dai recenti arresti giurisprudenziali, può evincersi che ciò che rileva ai fini della nozione di pubblica amministrazione è il corretto inquadramento del rapporto fra funzione e interesse perseguito.

In particolare, il concetto di interesse pubblico *in concreto* deve definirsi a posteriori mediante il bilanciamento delle posizioni giuridiche in gioco e avendo riguardo all'interesse pubblico primario di riferimento. Ne discende che una ricostruzione funzionale della nozione di pubblica amministrazione rischierebbe di irrigidire l'attività amministrativa rispetto al sopraggiungere di situazioni di fatto eccezionali, costringendo il legislatore ad intervenire istituendo strutture amministrative *ad hoc*, con poteri e competenze altamente specializzati.

Tale impostazione deve confrontarsi col rilievo per cui l'ordinamento giuridico non individua puntualmente tutte le diverse circostanze concrete nelle quali è richiesto lo svolgimento di un'attività amministrativa per la cura di interessi pubblici. Difatti, quando il legislatore, cioè la volontà politica, sceglie di tutelare un determinato interesse, «è superfluo domandarsi se quell'interesse sia pubblico o privato: rilevanti sono soltanto modi e forme

sulla nozione di pubblica amministrazione in considerazione del processo di privatizzazione degli enti pubblici risalente agli anni Novanta.

<sup>63</sup> In quell'occasione, la Corte costituzionale dichiarò che spetta alla Corte dei conti esercitare nei confronti delle società per azioni costituite a seguito della trasformazione dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL, come privatizzate dall'art. 15, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, il potere di controllo di cui all'art. 12, l. 21 marzo 1958, n. 259, purché permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società. Ciò in ragione del fatto che la stessa normazione sulle "privatizzazioni" costituisce un esempio di quanto si presenti oggi sfumata la linea di confine che viene a distinguere gli enti pubblici dalle società di diritto privato.

<sup>64</sup> Sul punto, si v. Cass., sez. un., ord. 27092 del 2009.

<sup>65</sup> Cfr. l'art. 1, c. 4, lett. a), d.lgs. n. 175/2016, t.u. sulle società a partecipazione pubblica.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

di disciplina»<sup>66</sup>. Dunque, è scarsamente rilevante ricercare se vi sono istituti ontologicamente propri del diritto pubblico o del diritto privato: ciò che conta sono gli interessi, ovvero le posizioni giuridiche di soggetti che debbono essere tutelate con la tecnica più coerente e adeguata a seconda delle circostanze del caso.

Un esempio a riprova di tale tendenza è dato dalla recente proposta<sup>67</sup> di riforma della legge sul procedimento amministrativo. In tale progetto viene riformulato l'art. 1, l. n. 241/1990, nel senso di ricomprendere fra i soggetti che possono svolgere attività amministrativa le società con totale o prevalente capitale pubblico e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative. Tale progetto di riforma si innesta nel solco tracciato dal d.lgs. n. 175/2016 col quale il legislatore ha delineato un unico *corpus* di norme per quelle società che, anche se partecipate in modo minoritario da capitale pubblico, erogano servizi essenziali alla collettività.

Un ulteriore esempio, di natura giurisprudenziale, riguarda la trasformazione del sistema universitario e i rapporti con la disciplina del codice civile in materia di società di capitali. In particolare, il Consiglio di Stato, con parere del 2019<sup>68</sup>, non ha ravvisato ragioni ostative alla configurazione delle università non statali nella forma giuridica delle società di capitali, stante l'assenza normativa di uno specifico divieto al riguardo ed anche in ragione del rilievo per cui la natura societaria e la finalità pubblicistica non appaiono fra loro incompatibili. Invero, la questione in parola ha origini più risalenti: nel 2016, il Consiglio di Stato<sup>69</sup> si pronunciò sulla natura privata delle università non statali, sulla base della nozione funzionale di pubblica amministrazione, senza tuttavia tenere in debita considerazione l'«arcipelago»<sup>70</sup> di atenei non statali, ove ciascun ente ha sue caratteristiche proprie. Come affermato da puntuale dottrina, «la nozione di università non statale non è una nozione di qualificazione, bensì nasce per sottrazione rispetto a quella di università statale. Per cui vi sono università non statali che hanno caratteristiche peculiari e talvolta una matrice pubblicistica»<sup>71</sup>. Non tenendo conto di siffatte peculiarità, le richiamate pronunce del Consiglio di

<sup>66</sup> N. Irti, *Prefazione*, in V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, XI.

<sup>67</sup> D.d.l. n. 1932/2020, recante disposizioni per la riforma della decisione pubblica e la razionalizzazione del procedimento amministrativo.

<sup>68</sup> Parere 14 maggio 2019, n. 18.

<sup>69</sup> Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043.

<sup>70</sup> Utilizzando la suggestiva espressione di A. Sandulli, *L'arcipelago delle università non statali*, in questa *Rivista*, 2015, 609 ss.

<sup>71</sup> *Id.*, *L'Università da sistema a mercato*, cit.

Stato rischiano di semplificare eccessivamente le questioni che involgono il tema.

Rispetto al testo unico sulle società partecipate, un ulteriore parere del 2019 del Consiglio di Stato ha suggerito l'intervento del legislatore per consentire un utile inserimento, nel quadro giuridico attuale riguardante le società pubbliche, delle libere università private in forma di società di capitali, e «ciò proprio (o quanto meno) allo scopo di risolvere i vari dubbi applicativi e i diversi aspetti di compatibilizzazione [...] quel modello privatistico rispetto al peculiare e speciale regime proprie di tutte le Università degli studi»<sup>72</sup>.

Se, da un lato, la giurisprudenza non sembra tenere in considerazione i principi di unità e semplificazione del sistema amministrativo, dall'altro appare evidente l'intento, più o meno riuscito, del legislatore di razionalizzare il novero dei soggetti "abilitati" a svolgere l'attività amministrativa, ricomprendendovi anche quelli di matrice privatistica.

In tal senso, il contenuto sostanziale della decisione può essere partecipato o determinato da un'organizzazione di tipo privatistico strutturalmente estranea all'organizzazione pubblica, ma comunque intervenuta nel procedimento di definizione dell'interesse generale<sup>73</sup>, sebbene la cura concreta degli interessi generali rimane sempre formalmente in capo alle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 97 Cost. Talché il confine fra pubblico e privato, almeno in termini di organizzazione amministrativa, diviene meno marcato, nell'ottica di dare maggior risalto all'interesse generale e agli strumenti a cui l'amministrazione deve ricorrere per perseguirlo.

#### 4.1. *L'impiego pubblico delle risorse come criterio di perimetrazione*

In tema di ricognizione delle pubbliche amministrazioni, è sorto il dubbio circa il carattere pubblico delle federazioni sportive<sup>74</sup> e delle fon-

<sup>72</sup> Cons. St., comm. spec. parere n. 1433/2019, par 13.1.

<sup>73</sup> F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 56.

<sup>74</sup> Sul punto, di recente è intervenuta sia la giurisprudenza eurounitaria, che quella di legittimità: v. Cass., sez. un., 7 gennaio 2020, n. 111, per cui sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti del dipendente di una federazione sportiva per il danno erariale cagionato per *mala gestio*, a condizione che intercorra un rapporto di servizio tra l'ente pubblico CONI e la persona giuridica privata percettrice di fondi pubblici; C. giust. UE, 11 settembre 2019, C-612/17 per cui l'inserimento nell'elenco ISTAT è legittimo solo se un'amministrazione pubblica, come il comitato olimpico nazionale, eserciti un controllo pubblico sulle federazioni sportive nazionali costituite sotto forma di istituzioni senza scopo di lucro, aggiungendo che i controlli esercitati sui flussi di finanziamento pubblico debbono essere sufficientemente re-

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

dazioni lirico-sinfoniche<sup>75</sup> in seno alla giurisprudenza contabile e di legittimità.

La Corte dei conti<sup>76</sup> ha distinto il regime giuridico concernente le federazioni sportive da quello delle fondazioni lirico-sinfoniche, rilevando che le prime sono costituite da una sola amministrazione, mentre le seconde coinvolgono intrinsecamente più amministrazioni (ad es. Stato, Regione, comune, città metropolitana, Camere di commercio). Alla luce di tale *discrimen*, si è posto il problema di verificare se, in presenza di più amministrazioni partecipanti, il controllo frazionato o plurimo che ne deriva sia sufficiente ai fini della qualificazione pubblica dell'ente non lucrativo.

L'Istituto contabile ha statuito che in caso di «controllo pubblico congiunto»<sup>77</sup> (ovverosia proveniente da più amministrazioni) il SEC2010 richiede l'esistenza di meccanismi di coordinamento tra le amministrazioni partecipanti dai quali possa emergere che l'entità formalmente privata sia effettivamente controllata dalle pubbliche amministrazioni coinvolte. Non è, infatti, sufficiente che le diverse amministrazioni siano titolari della maggioranza dei voti negli organi decisionali dell'ente.

Pertanto, qualora non siano rispettate tali condizioni, non può dirsi «pubblica» l'influenza sull'attività commerciale esercitata dalle amministrazioni partecipanti al capitale dell'ente in questione, confermandone la natura eminentemente privata.

strittivi per influenzare in modo reale e sostanziale la politica generale o il programma delle summenzionate federazioni; in linea con siffatto orientamento, si v. pure C. giust. Ue, 3 febbraio 2021, C-155/19 e C-156/19 per cui, ove ricorra un controllo attivo del CONI, in termini di dipendenza accompagnata da una siffatta possibilità di influenza, sussiste l'obbligo per la federazione sportiva di rispettare le norme in materia di contratti pubblici di cui al d.lg. n. 50/2016.

<sup>75</sup> Per una ricostruzione del fenomeno, cfr. V. Cerulli Irelli, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, 2012; nonché A. Gualdani, *Sulla natura giuridica della fondazione Teatro della Scala secondo la Corte dei conti*, in *Foro amm.*, 2020, 568, che affronta il caso dell'inquadramento dogmatico del Teatro alla Scala, il quale rappresenta un *unicum* nel panorama delle fondazioni lirico-sinfoniche, essendo in grado di attrarre ingenti finanziamenti privati e di coprire oltre il 50% dei costi di produzione con i propri ricavi da vendite, con entrate cioè diverse dal sovvenzionamento pubblico. In particolare, l'Autrice ha affermato che la pronuncia della Corte dei conti del 21 gennaio 2020, n. 1, nella quale si dichiara la natura privata del Teatro alla Scala, con conseguente sottrazione della stessa agli effetti derivanti dall'inserimento nell'elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni, non sembrerebbe potersi estendere alle fondazioni lirico-sinfoniche, dal momento che esse non sono entità «market», sebbene si ribadisca che per potersi procedere all'attribuzione del carattere pubblico a un ente occorre la presenza di un controllo pubblico.

<sup>76</sup> Cfr. C. conti, sez. riun. giur., in spec. comp., n. 1/2020.

<sup>77</sup> Cfr. C. conti, sez. riun. giur., in spec. comp., del 22 maggio 2019, n. 16, e del 29 luglio 2019, n. 25.

Di recente la Suprema Corte<sup>78</sup> si è pronunciata circa le ricadute sui rapporti di lavoro dell'attribuzione di pubblicità a soggetti giuridici di matrice privatistica, nonché sulla conseguente tutela giurisdizionale da accordare ai lavoratori. La Corte ha affermato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti qualora sia ravvisabile un rapporto di servizio tra l'amministrazione erogatrice di un contributo statale ed i soggetti privati che hanno distratto, o disposto in modo difforme da quello preventivato, le risorse pubbliche.

Diffusasi la prassi di affidare a soggetti privati il compito di perseguire finalità di interesse generale in precedenza ritenuto di pertinenza esclusiva degli organi pubblici, le Sezioni Unite hanno teso a privilegiare un approccio più «sostanzialistico»<sup>79</sup>, sostituendo il criterio eminentemente soggettivo, che faceva leva sulla condizione giuridica pubblica dell'agente, con quello oggettivo, che invece si basa sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

In sostanza, il criterio adoperato dalla Suprema Corte<sup>80</sup> concerne il rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, che può intendersi altresì come la relazione per mezzo della quale un soggetto, estraneo all'amministrazione pubblica (ad es. i *munera*), viene investito del compito di porre in essere un'attività di rilievo pubblico,.

Invero, qualora entrino in gioco l'uso di risorse pubbliche la rilevanza della forma giuridica viene meno, dovendo invece dare prevalenza alle norme di coordinamento della finanza pubblica intese come limite all'autonomia, sia essa pubblica o privata<sup>81</sup>.

#### 4.2. Gli organismi non societari: le fondazioni di partecipazione

Tra gli organismi partecipati, un ruolo importante è ricoperto dalle fondazioni di partecipazione, sulla cui natura giuridica si è molto discusso in letteratura. L'istituto, seppure di natura molto incerta, è utilizzato di sovente dagli enti locali soprattutto per la gestione di servizi culturali, coinvolgendo gli stessi fruitori del servizio (ad esempio, gli abbonati agli spettacoli teatrali

<sup>78</sup> Cass., sez. un., n. 111 cit.

<sup>79</sup> Cass., sez. un., n. 15599 del 2009.

<sup>80</sup> Cass., sez. un., n. 7562 del 2020.

<sup>81</sup> R. Cavallo Perin, *Gli obiettivi e i poteri di coordinamento della finanza pubblica come vincolo d'unità della repubblica italiana tra obblighi nazionali e sovranazionali*, in *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni. La lezione dell'esperienza*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 15 maggio 2015, Milano, Giuffrè, 129.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

in una fondazione per la gestione di un teatro; gli amanti dell'arte in una fondazione per la gestione di un museo civico).

A questo proposito, si è pronunciata la Corte costituzionale, con le sentenze gemelle del 28 settembre 2003, nn. 300 e 301, la quale ha affermato che le fondazioni, ancorché partecipate da un soggetto pubblico, sono espressione organizzativa delle libertà sociali presidiate dal principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

Benché si tratti di un ente senza scopo di lucro, la cui disciplina è contenuta nel libro I del codice civile, ascrivibile al *genus* delle fondazioni, l'ordinamento non fornisce una definizione della fondazione *de qua*. Talché, parte della dottrina<sup>82</sup> evidenzia che la fondazione di partecipazione è espressione proprio di siffatta atipicità laddove essa, senza essere né associazione, né fondazione, combina l'elemento tipico dell'una, ovvero l'aggregazione di più persone per la soddisfazione di uno scopo comune interno ai loro interessi, con quello dell'altra, ovvero la destinazione di un patrimonio per la soddisfazione della volontà esterna del fondatore.

Le fondazioni di partecipazione, e cioè partecipate da un soggetto pubblico, costituiscono dunque la variante "pubblica" del modello tipizzato dal codice civile, caratterizzata da un patrimonio a formazione progressiva<sup>83</sup> destinato ad uno scopo di pubblica utilità vincolante e, di conseguenza, da perseguire per un periodo illimitato nel tempo<sup>84</sup>. Dunque, la pubblicità di siffatto modello discenderebbe dal fatto che l'ente conferente le risorse pubbliche sia titolare della potestà di controllo e di indirizzo delle decisioni finanziarie e strategiche relative all'attività associativa.

Tali considerazioni non hanno trovato riscontro unanime in dottrina e in giurisprudenza. In particolare, si è sollevato il dubbio sulla legittimità a partecipare, nonché a costituire, le fondazioni di partecipazione da parte di enti pubblici, e in particolare di enti locali. Sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale<sup>85</sup> la quale, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis, d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 (t.u. sull'ordinamento degli enti locali), relativamente alla «Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica», ha implicitamente eliminato il divieto di affidamento

<sup>82</sup> A. Zoppini, *Profili evolutivi della fondazione moderna prassi e nella legislazione speciale*, in *Atti del Convegno sulle Fondazioni di partecipazione*, a cura della Fondazione italiana per il notariato, Milano, Giuffrè, 2007, 21 ss.

<sup>83</sup> Cons. St., comm. spec., parere 20 dicembre 2000, n. 288.

<sup>84</sup> A. Bartolini, *La fondazione museale in partecipazione tra enti locali e privati: il caso di Cortona*, in *Aedon.it*, 2002.

<sup>85</sup> Sul punto, v. C. cost., 27 luglio 2004, n. 272.

ad associazioni<sup>86</sup> e fondazioni costituite o partecipate dagli enti locali, previamente contenuto nella disposizione censurata.

La condivisibile argomentazione prospettata dalla Consulta si fonderebbe sul riconoscimento agli enti territoriali dell'autonomia organizzativa in ordine all'esercizio delle proprie funzioni<sup>87</sup>, di cui all'art. 114 Cost. Ne consegue che la facoltà di estendere l'applicabilità della disciplina (atipica) delle fondazioni di partecipazione alla gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, ma pur sempre di rilievo generale, attribuisce evidenza al carattere pubblico di tali enti, nonostante siano strutturate in forma privatistica. Pertanto, lo scrutinio di "pubblicità" non attiene tanto alla forma costitutiva dell'ente in discorso, quanto piuttosto agli scopi prefissati e all'organizzazione interna.

Ciò nondimeno, la questione non è ancora pacifica: autorevole dottrina<sup>88</sup> ha affermato che tali enti dovrebbero continuare ad essere considerati come privati, sottoposti però a disciplina speciale, derogatoria rispetto alla disciplina generale prevista per le fondazioni (e per le società per azioni) dal codice civile. Secondo siffatto orientamento, il carattere "pubblico" dell'ente

<sup>86</sup> Sull'inquadramento dogmatico dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI), v. Cass., sez. un., 19 aprile 2021, n. 10244, per cui, affinché un soggetto possa essere qualificato come pubblico, non si può prescindere da una base legislativa che sottoponga quel soggetto a un regime pubblicistico. Difatti, non sarebbero sufficienti ad attribuire la natura pubblicistica all'ente: a) la presenza di taluni indici sintomatici, quali la natura degli enti che concorrono a formarlo; b) il perseguimento delle finalità riguardanti i soggetti che lo hanno formato; c) la partecipazione ai suoi organi dei rappresentanti dei soggetti che l'hanno formato. Il Collegio ha ritenuto fuorviante il mero riferimento alle «associazioni per qualsiasi fine istituite tra le pubbliche amministrazioni», contenuto nell'art. 2, d.lg. n. 175 del 2016, al fine del riconoscimento normativo previsto dall'art. 4, l. n. 70 del 1975. Tuttavia, la l. n. 241 del 1990, all'art. 1, c. 1-bis e 1-ter, sancisce un riconoscimento esplicito del legislatore che anche soggetti privati possono curare interessi pubblici, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

La Suprema Corte, dopo aver ribadito la matrice privatistica dell'ANCI, evidenzia la mancanza di un'espressa disposizione normativa che le attribuisca la pubblicità ai sensi dell'art. 4, l. n. 70 cit. Il mero inserimento di un ente nell'Elenco ISTAT non comporta la classificazione come pubblica amministrazione, quanto piuttosto il riflesso della natura pubblica dei fondi di cui dispone l'ente. «Sebbene l'ANCI veda attribuiti a sé anche compiti di natura tendenzialmente amministrativa [deve escludersi] che essa possa essere annoverata fra le pubbliche amministrazioni indicate nell'art. 1, co. 2 del d.lg. n. 165 del 2001». Essa è, pertanto, un soggetto di diritto privato.

<sup>87</sup> A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>88</sup> F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

partecipato si ravviserebbe in presenza di taluni presupposti: quando la gestione è soggetta a controllo da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico; quando l'attività è finanziata in modo maggioritario da questi ultimi; quando gli organi di amministrazione direzione o vigilanti sono costituiti da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Una volta accertato il carattere "pubblico" della fondazione di partecipazione, è possibile includerla nel settore pubblico allargato? E se sì, a quali condizioni?

Non sarebbe sufficiente per qualificare le fondazioni di partecipazione come estensione della pubblica amministrazione il semplice richiamo, in sede di costituzione, alle regole sul procedimento amministrativo, ancorché il modello venga disciplinato dal libro I del codice civile<sup>89</sup>.

A conclusioni opposte conduce l'inserimento delle fondazioni partecipate dagli enti locali nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione (art. 1, c. 3, l. 196/2009), da cui discende l'obbligo di concorrere con quest'ultima agli obiettivi di finanza pubblica<sup>90</sup>. La presenza di risorse pubbliche, anche attraverso l'adozione di moduli privatistici, impone il rispetto dei principi di sana e prudente gestione, propri della sfera pubblicistica. Dunque, la disciplina pubblicistica prevale e deroga a quella di diritto comune, come ricordato dalla giurisprudenza contabile<sup>91</sup> in merito alla nozione di società a «controllo pubblico»<sup>92</sup>. Il concorso alla realizzazione degli

<sup>89</sup> Tale procedimento è corredato da una fase istruttoria in cui vengono prospettate le varie soluzioni giuridiche possibili ed una fase propriamente decisionale di competenza dell'organo dell'ente a ciò preposto: per gli enti locali, il Consiglio Comunale, sulla base dell'art. 42 del T.U. degli Enti locali, a meno che lo Statuto comunale non stabilisca altrimenti.

<sup>90</sup> Cfr. *ex multis* C. conti, Basilicata, sez. contr., n. 52 del 2017 per cui le fondazioni partecipate dagli enti locali rispondono all'esigenza di disporre di uno strumento flessibile, caratterizzato dalla commistione dell'elemento patrimoniale con quello "associativo", funzionale a una sorta di partenariato pubblico privato; modello che implica il rispetto dei principi di sana gestione e delle regole della contabilità pubblica, dal momento che l'utilizzo di risorse pubbliche, anche attraverso l'adozione di moduli privatistici, impone particolari cautele e obblighi.

<sup>91</sup> V. C. conti, sez. riun. giur., in spec. comp., n. 11 del 2019.

<sup>92</sup> Il dibattito sulla nozione di controllo pubblico, a cui si è in parte già fatto cenno, può dirsi tutt'altro che sopito. La questione è giunta sino alle aule della Corte di Giustizia dell'Unione europea (pronunce del 11 settembre 2019, C-612/17 e C-613/17), secondo cui la valutazione relativa all'esistenza del controllo pubblico non può limitarsi ad un esame meramente formale e cartolare degli indici (controllo sulla carta), ma deve spingersi sino a verificare se i poteri, di cui una singola pubblica amministrazione sia titolare, siano realmente, effettivamente, stabilmente e permanentemente esercitati in modo da consentire a tale ammi-

obiettivi di finanza pubblica, da parte delle aziende speciali, delle istituzioni e delle società a partecipazione di maggioranza, diretta o indiretta, con una pubblica amministrazione territoriale, si concretizza nella sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza<sup>93</sup>. Ne consegue che, alla presenza di determinati parametri, come l'assoggettamento ai principi e vincoli della contabilità pubblica, le fondazioni di partecipazione debbano essere qualificate come ente pubblico, qualunque sia il *nomen* usato dal legislatore.

*4.3. Gli enti strumentali delle amministrazioni territoriali: il perimetro del "gruppo di amministrazione pubblica"*

Anche a livello periferico, le amministrazioni territoriali ricorrono di norma ad enti strumentali, di natura prevalentemente privatistica, per il soddisfacimento di bisogni o interessi collettivi. Ciò costituisce una prassi costante e non del tutto ignorata dal legislatore, il quale ha regolato tale fenomeno con l'istituto del "gruppo di amministrazione pubblica". Tale nozione genera delle ricadute sulla definizione più ampia di pubblica amministrazione, nonché sulla composizione del bilancio consolidato<sup>94</sup> dell'ente territoriale.

L'espressione "gruppo di amministrazione pubblica" è definita dal par. 2 del principio contabile di cui all'Allegato n. 4/4 al d.l.gs. 118/2011, statuendo che in essa sono ricompresi «gli enti e gli organismi strumentali, le società controllate e partecipate da un'amministrazione pubblica, [ed aggiungendo che] ai fini dell'inclusione nel gruppo dell'amministrazione pub-

nizzazione di incidere, in modo sostanziale, sulla definizione e sulla realizzazione stesse degli obiettivi dell'istituzione.

<sup>93</sup> In questo senso, v. C. conti, Friuli-Venezia Giulia, sez. contr., n. 22 del 2019 per cui l'ente partecipante dovrà considerare tutte le implicazioni dell'operazione prospettata sul piano finanziario, anche in prospettiva futura, in ossequio ai principi di sana gestione e delle regole della contabilità pubblica, cui sempre deve conformarsi la concreta attività degli Enti Locali anche laddove si concretizzi nell'esercizio dell'autonomia negoziale.

<sup>94</sup> È opportuno precisare che lo scopo del bilancio consolidato è quello di rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione finanziaria e patrimoniale ed il risultato economico della complessiva attività svolta dall'ente attraverso le proprie articolazioni organizzative, gli enti strumentali e le società controllate e partecipate. Sul punto, v. C. conti, Lombardia, sez. contr., 6 novembre 2018, n. 303, per cui, mediante il consolidamento, si raggiunge l'obiettivo di sopperire alle carenze informative e valutative dei bilanci degli enti che perseguono le proprie funzioni anche attraverso enti strumentali e detengono rilevanti partecipazioni in società, dando una rappresentazione, anche di natura contabile, delle proprie scelte di indirizzo, pianificazione e controllo.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

blica non rileva la forma giuridica né la differente natura dell'attività svolta dall'ente strumentale o dalla società». Più precisamente, trattasi delle articolazioni organizzative della capogruppo stessa – ovvero dell'amministrazione pubblica – e, di conseguenza, già compresi nel rendiconto consolidato della capogruppo.

Tuttavia, alcuni enti possono non essere ritenuti rilevanti ai fini dell'inserimento nel bilancio consolidato dell'amministrazione pubblica – capogruppo. Come statuisce il par. 3.1, lett. a) del citato All. 4/4, si ha «Irrilevanza, quando il bilancio di un componente del gruppo è irrilevante ai fini della rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico del gruppo». Ciò significa che l'accezione di amministrazione pubblica rilevante ai fini della disciplina in discorso è prevalentemente finanziaria, attenendo alla corretta gestione delle risorse pubbliche, e non già tanto funzionale.

Invero, l'elenco degli enti da ricomprendere nel bilancio consolidato può non necessariamente coincidere con quello degli enti del “gruppo amministrazione pubblica”. Stante la vaghezza espositiva delle disposizioni di cui all'Allegato citato, la Corte dei conti ha precisato che al fine di individuare il perimetro degli organismi totalmente pubblici o misti, sono state considerate tutte le partecipazioni, dirette e indirette, utilizzando il metodo di calcolo dei dividendi.

L'ambito delle società a controllo pubblico è, invece, determinato secondo il metodo dell'attribuzione dei diritti di voto in assemblea ordinaria, anche in relazione all'imputazione delle quote di partecipazione indiretta<sup>95</sup>. Talché, il novero delle amministrazioni pubbliche costituenti il gruppo può estendersi anche alle aziende speciali, enti autonomi, istituzioni, fondazioni, consorzi e società.

Pertanto, la *ratio legis* delle disposizioni in discorso si rinviene nell'intento del legislatore di includere nel “gruppo” tutte le società partecipate dall'amministrazione territoriale, selezionate in base ai soli criteri del “controllo pubblico” – l'All. 4/4 citato fa riferimento al «controllo di “diritto”, di “fatto” e “contrattuale”» – e della presenza di un legame di partecipazione al capitale.

In quest'ottica, il “gruppo amministrazione pubblica” costituisce un esempio della recente tendenza del legislatore, già richiamata nei paragrafi precedenti, di voler ricondurre ad unità il novero dei soggetti di cui si serve la pubblica amministrazione per il soddisfacimento di interessi collettivi garantiti dalla Costituzione.

<sup>95</sup> C. conti, sez. Autonomie, 20 dicembre 2019, n. 29.

## 5. L'amministrazione partecipata

Da quanto evidenziato sinora è possibile formulare alcune considerazioni: una soluzione al problema della sfuggente nozione di pubblica amministrazione può ravvisarsi nel criterio dell'impiego di risorse pubbliche, utile al fine di ricondurre nel settore pubblico anche gli enti formalmente privatistici.

Siffatto criterio, da un lato, consentirebbe di attribuire all'amministrazione la flessibilità auspicata, dato che l'Elenco ISTAT viene aggiornato annualmente; dall'altro, rischierebbe di relegare l'assolvimento delle funzioni pubbliche a un mero calcolo ragionieristico. Invero, la giurisprudenza costituzionale è pacifica nel ritenere che il diritto del bilancio coinvolga altresì il diritto a una maggiore perequazione dei diritti fondamentali, che necessariamente passano per un corretto impiego delle risorse. Pertanto, sarebbe ben possibile inquadrare i contorni del settore pubblico allargato in termini giuscontabilistici, operando così il superamento della nozione funzionale.

Resta tuttavia da verificare se vi sono altre possibili cause del mutamento dell'apparato burocratico, nonché da stabilirne la resilienza dell'accezione giucontabilistica di pubblica amministrazione.

Alla modifica del Titolo quinto della Costituzione ne è conseguita la necessità di rileggere la definizione del rapporto pubblico/privato sotto punti di vista differenti. È stato affermato<sup>96</sup> che, nel caso in cui la Costituzione attribuisce la titolarità del potere pubblico alla comunità dei cittadini, in ossequio al principio di sussidiarietà, non si ravvisa più una differenza ontologica tra interesse pubblico e privato.

Ne deriva che la sussidiarietà orizzontale non si occupa di determinare il confine mobile tra privati e pubbliche amministrazioni, perché invece riproduce uno schema bipolare (Stato-società civile) in cui le pubbliche amministrazioni esercitano una funzione la cui titolarità spetta alla società civile e alle organizzazioni sociali, secondo un modello di auto-amministrazione dei privati.

In realtà, i cittadini che si prendono cura dei beni comuni, applicando il principio di sussidiarietà, non fanno altro che rimediare alle inefficienze delle pubbliche amministrazioni o alla carenza di risorse pubbliche<sup>97</sup>. L'inefficienza ed inefficacia dell'azione amministrativa hanno condotto alla progressiva concentrazione nel rapporto amministrativo dei momenti qualifi-

<sup>96</sup> F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 51.

<sup>97</sup> G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 45.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

canti della cittadinanza, e alla conseguente formazione di istanze crescenti di democrazia amministrativa.

Non sono casuali i recenti interventi legislativi in materia di contratti pubblici proposti in chiave nettamente collaborativa<sup>98</sup>. Tuttavia, l'amministrazione odierna appare affaticata da un circuito burocratico e labirintico, incapace di rispondere alle esigenze concrete dei cittadini. Strumenti che favoriscono sempre più l'ingresso dei privati nella pubblica amministrazione, talvolta comportando sostituzioni integrali dell'agente pubblico, non costituiscono altro che un palliativo, a dimostrazione dell'inefficienza operativa della macchina dello Stato a far fronte alle esigenze collettive.

Con ciò non si intende disconoscere il rilievo e l'utilità che derivano dall'inclusione dei privati nell'azione amministrativa: nondimeno, non sembra potersi dubitare che le scelte del legislatore di introdurre strumenti di partenariato, e simili, siano dettate principalmente dall'esigenza di rendere effettiva la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, a fronte della sempre più diffusa inadeguatezza dell'apparato burocratico.

In siffatto contesto, l'ultimo comma dell'art. 118 Cost. dovrebbe sottoporsi a una lettura più ampia, così da ricomprendere nelle attività a tutela di interessi generali non solo quelle in cura concreta di essi bensì anche quelle di controllo sull'operato dell'amministrazione pubblica. Tuttavia, la capacità di *mimetismo* della pubblica amministrazione impedisce *de facto* al cittadino di esercitare il controllo sull'azione amministrativa, e dunque sul corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

Si rischia, in tal modo, di trasformare l'attività di vigilanza "cittadina" in una sorta di interferenza fastidiosa e inutile<sup>99</sup>, ingenerando un rapporto vizioso fra pubblica amministrazione e amministrati. Tale problema potrebbe risolversi ricorrendo all'impiego delle cosiddette ICT, che costituiscono uno strumento privilegiato di conoscenza e di interlocuzione tra cittadino ed amministrazione. L'uso legittimo di tali tecnologie dovrebbe essere finalizzato a garantire la correttezza e l'imparzialità nell'acquisizione, valutazione e trattamento dei dati, nonché nel favorire la formazione di regole più chiare e comprensibili per gli interlocutori economici.

<sup>98</sup> Ne è un esempio l'istituto del baratto amministrativo, oggi regolato dall'art. 190, d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) e che rientra nell'ambito degli strumenti giuridici c.d. di partenariato sociale, i quali consentono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, Cost., di coinvolgere i privati nella cura di interessi della collettività.

<sup>99</sup> A. Romano Tassone, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 275.

## 6. Il processo di trasformazione digitale e di automazione della pubblica amministrazione: questioni di leale collaborazione

Nell'ottica di superare le disfunzioni dell'attività amministrativa sinora delineate, il legislatore italiano, nel corso dell'ultimo ventennio, non è rimasto indifferente alla cosiddetta digitalizzazione, ovvero a quel fenomeno esogeno e imprevedibile legato all'uso di strumenti informatici. In particolare, i continui balzi in avanti dello sviluppo tecnologico hanno reso spesso obsoleto lo strumento normativo adottato all'uopo, il Codice dell'amministrazione digitale<sup>100</sup>, costringendo le istituzioni pubbliche a una faticosa rincorsa. Non è ben chiaro se la causa di quest'ultima debba riscontrarsi in un'inefficiente *governance* – oggi in capo all'AgID – ovvero nella carenza di specifiche competenze.

Invero, i molteplici interventi normativi cui ha fatto ricorso il legislatore per ovviare al *gap* digitale che interessa la pubblica amministrazione, nonché alla carenza e confusa stratificazione delle competenze tra gli enti coinvolti nel processo di trasformazione digitale del Paese, hanno imposto una semplificazione generale della materia.

Di particolare rilievo è il recente Decreto Semplificazione e Innovazione digitale (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120), che, al Titolo III, contiene alcune previsioni normative al fine di velocizzare il processo in parola. Più nello specifico, tale normativa si propone il fine di accelerare la digitalizzazione dei servizi pubblici<sup>101</sup> e semplificare i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, acquisendo consapevolezza del forte *digital divide* largamente diffuso.

Nondimeno, la trasformazione digitale ha stimolato il dibattito in dottrina<sup>102</sup> e in giurisprudenza sul ricorso agli algoritmi nell'ambito dell'amministrazione della *res publica*, evidenziando il potenziale rischio di provocare

<sup>100</sup> D.lg. 7 marzo 2005, n. 82.

<sup>101</sup> È previsto il termine del 28 febbraio 2021 (art. 64-bis, c. 1-quater, cod. amm. dig.) entro il quale tutte le amministrazioni sono tenute ad avviare il passaggio dalle diverse modalità di autenticazione online al Sistema Pubblico di Identità Digitale – SPID e alla Carta d'Identità Elettronica. Tuttavia, rispetto a tali strumenti digitali, il termine “semplificazione” sembrerebbe mal attribuito laddove esistono numerosi portali digitali nei quali poter creare un account SPID, ognuno con i propri termini e condizioni. Sarebbe stato certamente più opportuno che l'AgID si prendesse carico dell'attribuzione di un'unica identità digitale, pubblica e gratuita, comprensiva altresì della firma digitale. Invero, ad oggi è possibile acquistarne le credenziali da un *provider* differente rispetto a quello che ha rilasciato lo SPID.

<sup>102</sup> G. Orsoni e E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, 2019, 595 secondo i quali gli algoritmi sono sovente impiegati nella gestione dei *big data*.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

l'automatizzazione della decisione amministrativa. Vero è che tale processo ha contribuito a migliorare le prestazioni in termini di *immediatezza* e *rapidità* del riscontro<sup>103</sup>. Ciò nondimeno, sono ancora molti i dubbi circa l'affidabilità delle decisioni amministrative a intelligenze artificiali, dotate di *machine learning*, e ad algoritmi.

Sul punto, il Consiglio di Stato<sup>104</sup> si è recentemente pronunciato fornendo alcuni specifici criteri per l'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito del procedimento amministrativo. Secondo il Supremo Consesso amministrativo, le scelte discrezionali e vincolate sono entrambe espressione di attività autoritative svolte nel perseguimento di un pubblico interesse, e non possono essere svolte totalmente con modalità deterministiche. Il giudice amministrativo ha dunque affermato che la pubblica amministrazione debba assicurare la cooperazione con il responsabile del procedimento, fissando, in sintonia con la Carta della Robotica<sup>105</sup>, una precisa imputabilità e responsabilità in capo all'organo titolare del potere. Si evince, in sostanza, il tentativo condivisibile di confinare l'uso della tecnologia decisionale all'ambito istruttorio, lasciando che sia sempre l'essere umano a prendere la decisione finale.

Secondo le pronunce del Consiglio di Stato sopra richiamate, sembrerebbe non potersi negare la qualifica di "attività amministrativa" ai procedimenti gestiti in modo digitale e con il ricorso ad algoritmi, perché comunque risultato di una programmazione umana. Basti pensare ad esempio all'affidamento a un efficiente elaboratore elettronico dell'attività di classificazione automatica di istanze numerose. Oppure l'estrazione casuale dei contribuenti da sottoporre a verifica fiscale annuale affidata all'elaborazione informatica.

Nonostante l'assenza di un intervento umano diretto, si è affermato che tali attività costituiscono comunque declinazioni dell'art. 97 Cost., coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica<sup>106</sup>. Più precisamente, l'attività amministrativa automatizzata è stata definita come «l'attività amministrativa prodotta per mezzo di un sistema d'informazione adeguatamente programmato, senza l'intervento di una persona fisica»<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> G. Orsoni e E. D'Orlando, *op. cit.*, 599.

<sup>104</sup> Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474.

<sup>105</sup> Risoluzione del Parlamento europeo 2015/2103(INL) del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

<sup>106</sup> B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *federalismi.it*, 2020, 251.

<sup>107</sup> I.M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Ist. fed.*, 2019, 651.

Tuttavia, sebbene il ricorso all'intelligenza artificiale nei procedimenti decisionali della pubblica amministrazione «consent[ia] la formazione della volontà dell'amministrazione, è il processo [...] che ne sta alla base a doversi conformare ai principi generali di trasparenza, conoscibilità e partecipazione che governano l'agire amministrativo, al fine di apprestare congrui mezzi di tutela per i destinatari del provvedimento»<sup>108</sup>.

Dunque, un'attività amministrativa interamente algoritmica rischierebbe di provocare l'esclusione dell'essere umano dal processo decisionale, in quanto si tratta di macchine in grado di apprendere autonomamente. Un'amministrazione pubblica siffatta, che decide senza l'individuo, per l'individuo, può ancora qualificarsi tale?

L'assenza di intervento di una persona fisica nell'adozione di una decisione amministrativa sembra in contraddizione sia con la nozione oggettiva che con quella soggettiva di pubblica amministrazione, in quanto, con riguardo alla prima, il richiamo alla funzione pubblica perseguita non giustificerebbe l'assenza dell'essere umano perché mancherebbe la dichiarazione di volontà<sup>109</sup>; con riguardo alla seconda, è evidente che un'organizzazione amministrativa che persegue interessi pubblici sprovvista di individui non potrebbe neppure definirsi tale – fatto salvo il ricorso a tali tecnologie nelle istruttorie complesse.

In dottrina<sup>110</sup> è stato affermato che ciò che viene automatizzato non è altro che il processo decisionale stesso, ovvero l'esercizio della funzione assegnata all'organo, e non l'organo in sé; in tal caso, quest'ultimo continua ad essere integrato da persone fisiche aiutate da mezzi materiali. Non sembrerebbe condivisibile tale conclusione, stante il fatto che due sono le variabili che connotano una pubblica amministrazione: la funzione, dunque l'attività, e l'organizzazione (in termini soggettivi). Ammettendosi che la funzione sia svolta da una macchina, benché non ne muti il contenuto, rimarrebbe il problema sotto il profilo organizzativo, in quanto la sostituzione con una macchina del soggetto che esegue materialmente l'attività amministrativa implicherebbe escluderne l'autoritatività (un provvedimento generato dall'uomo per amministrare l'uomo).

Difatti, la decisione amministrativa consiste in un processo intellegibile

<sup>108</sup> N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in *federalismi.it*, 2020, 368.

<sup>109</sup> I.M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, cit., 651: «nell'attività automatizzata la funzione viene esercitata da una macchina e l'atto risultante, prodotto di una macchina, non può essere inteso come espressione di una volontà, essendone sprovvisto».

<sup>110</sup> Ivi, 655.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

condotto da una persona fisica, e ciò deve rimanere immutato anche, e soprattutto, in presenza di un sistema informativo o un insieme di algoritmi. Con ciò non si intende, tuttavia, disconoscere l'apporto essenziale delle tecnologie dei dati nel processo decisionale, in grado di implementare l'efficacia e l'efficienza dell'attività amministrativa. È ampiamente dimostrato che i *big data*, e gli algoritmi per analizzarli, costituiscono un valido strumento a supporto dell'attività amministrativa. In tal modo, la tecnologia resta al servizio dell'uomo, e non il contrario, scongiurando il pericolo<sup>111</sup> di veder rimpiazzata l'attività umana con l'uso di un'intelligenza artificiale<sup>112</sup>.

In tale contesto, compito essenziale del giurista è chiedersi se, al netto della digitalizzazione e dell'automazione dei processi decisionali, la nozione di pubblica amministrazione possa individuarsi secondo i criteri indicati dalla giurisprudenza, ovvero se occorranco parametri alternativi o supplementari.

Si immagini, a titolo esemplificativo, un sistema parastatale composto da due organizzazioni amministrative, entrambe interamente meccanizzate e digitalizzate. Sebbene un sistema siffatto rispetti i canoni dell'efficienza e dell'efficacia dell'attività amministrativa, occorre chiedersi se tali "macchine amministrative" possano rapportarsi reciprocamente in ossequio al principio di leale collaborazione per il perseguimento di un interesse a rilevanza generale.

<sup>111</sup> V. Cons. St., sez. VI, sent. 8 aprile 2019, n. 2270, per cui quando ci si trovi di fronte a «procedure seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale [...], l'assenza di intervento umano [...] e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica».

<sup>112</sup> Giova richiamare la pronuncia del Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, la quale, nel rinviare alla nozione generale di algoritmo, inteso come semplice «sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato», ha precisato che quando l'algoritmo è applicato a sistemi tecnologici (nel caso di specie, un *pacemaker*) è ineludibilmente collegata al concetto di automazione, ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il Collegio ha dunque distinto tale tipologia di algoritmo da quello che contempla meccanismi di *machine learning* e che crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole, i *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico. In realtà, è intrinsecamente connessa alla natura dell'algoritmo la riduzione, se non già l'esclusione, dell'intervento umano, sia che si tratti del primo che del secondo tipo di algoritmo. Sarebbe dunque un intervento giurisprudenziale che rischia di annebbiare ulteriormente le già poche certezze nel processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Il dubbio che l'automa apprenda tale principio in un modo completamente diverso rispetto a quello contenuto nell'art. 120, secondo comma, Cost. discende dalla tecnologia del c.d. *machine learning*, ovvero una macchina che apprende autonomamente, senza bisogno di *input* esterni<sup>113</sup>. Poiché ogni macchina può apprendere un determinato processo logico a modo suo, non sembrerebbe così scontato ritenere che fra macchine possa sussistere una collaborazione *a priori*. Per quanto qui interessa, si pensi al caso della sovrapposizione<sup>114</sup> fra due *software* progettati per il medesimo fine, i quali sono destinati inevitabilmente a confliggere. Allora, come può immaginarsi un sistema, composto da macchine potenzialmente in collisione, quando più amministrazioni sono finalizzate alla tutela del medesimo interesse<sup>115</sup>?

Si pensi al patrimonio informativo collezionato dallo Stato, dalle regioni e dagli enti locali nel corso degli ultimi due decenni, di dimensioni incalcolabili, grazie al fenomeno del c.d. *data mining*<sup>116</sup>. La gestione di questo patrimonio, mediante l'impiego delle tecnologie, dovrebbe essere sottoposta al potere di coordinamento esercitato dallo Stato<sup>117</sup> che poggia sui principi

<sup>113</sup> Non sfuggono alla dottrina i rischi insiti nel lasciare che la trasformazione digitale finisca col sostituire integralmente attività dell'uomo, financo quella decisionale. In questo senso, cfr. W. Berruti, *La trasformazione digitale dell'audit*, in *Riv. Corte conti*, 2019, 54 secondo cui l'uomo deve tuttavia mantenere il costante controllo sulla decisione, sul relativo procedimento e sui dati che sono stati utilizzati per produrre il risultato. Cfr. pure L. Casini, *Lo stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Firenze, Mondadori, 2020, per cui «il problema [...] è capire come [l']equilibrio [fra automazione della decisione amministrativa e tutela dei diritti fondamentali] possa essere garantito via via che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale e del c.d. *machine learning* renderà sempre più difficile distinguere i diversi momenti e le diverse fasi» (66).

<sup>114</sup> Tra i rischi di una transizione verso uno Stato nel quale l'amministrazione si struttura per assumere le proprie decisioni attraverso procedure automatizzate, la dottrina (P. Otranto, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, 2018, 27) ha evidenziato quelli derivanti dal blocco di funzionalità dei sistemi informatici (*crash down*), nonché dall'ingerenza di poteri privati (proprietari e gestori delle tecnologie informatiche, spesso sottratti ad ogni forma di controllo da parte dello Stato nazionale) nell'esercizio di pubbliche funzioni, i possibili pregiudizi relativi allo stoccaggio dei dati (soprattutto in caso di uso di tecnologie di *cloud computing*), senza sottacere gli effetti dirompenti che potrebbero sortire attacchi (in termini di *cyber security*) ai sistemi informatici.

<sup>115</sup> Si pensi alla tutela del diritto alla salute, nei rapporti fra Stato e Regioni.

<sup>116</sup> L'insieme di strumenti e tecniche volto alla raccolta di informazioni utili a un certo scopo o attività.

<sup>117</sup> A livello statale, il legislatore ha istituito (l'ennesima) amministrazione *ad hoc*, il Sistema statistico nazionale (SISTAN), per gestire il patrimonio informativo pubblico – e a certe condizioni anche quello privato – e per renderlo utile al decisore politico e all'esecutore amministrativo. Istituito dal d.lgs. 6 settembre 1989, n. 322, il SISTAN è il risultato di una

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

di sussidiarietà e leale collaborazione<sup>118</sup>. In questo senso, si evita il rischio di strumentalizzare la nozione di pubblica amministrazione rispetto ai dispositivi tecnologici per il perseguimento del fine pubblico.

Tuttavia, siffatto coordinamento incontra il limite dell'ampia carenza di *expertise* tecnico all'interno delle amministrazioni, dovuto al depauperamento delle aree tecniche intervenuto nella seconda metà del Novecento ed accentuato ulteriormente a seguito delle esternalizzazioni<sup>119</sup> di servizi. Al fine di superare l'*impasse*, la dottrina ha evidenziato che, «trattandosi di uno strumento di cooperazione e coordinamento tra pubbliche amministrazioni, la soluzione probabilmente ideale (che parrebbe implicitamente sposata dal legislatore) sarebbe quella della realizzazione e gestione direttamente da parte dello Stato»<sup>120</sup>. In tal senso, per poter stare al passo del «progresso civile»<sup>121</sup>, sono necessari un certo grado di flessibilità dell'*agere publicum* e la presenza di *hard* e *soft skills*.

miscellanea fra diverse istituzioni pubbliche: l'Istituto nazionale di statistica (ISTAT); l'Istituto nazionale per l'analisi delle politiche pubbliche (INAPP) (ente d'informazione statistica); gli uffici di statistica delle amministrazioni dello Stato e di altri enti pubblici, degli Uffici territoriali del Governo, delle Regioni e Province autonome, delle Province, delle Camere di commercio (CCIAA), dei Comuni, singoli o associati, e gli uffici di statistica di altre istituzioni pubbliche e private che svolgono funzioni di interesse pubblico.

A livello territoriale operano invece i sistemi statistici regionali.

<sup>118</sup> F.M. Lazzaro, *Coordinamento informativo e pubbliche amministrazioni*, in *Ist. fed.*, 2011, 663.

<sup>119</sup> Sul punto, cfr. di recente A. Barba e M. Pivetti, *Il "piano di ripresa" tra interessi collettivi e interessi privati*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 16, secondo cui, in tema di programmi e missioni contenuti dal PNRR, «c'è aria di ricorso alla consulenza di società private per la programmazione degli interventi da adottare contro gli effetti economici e sociali della pandemia in corso. Anche se al momento non è ancora chiaro in che misura programmazione ed esecuzione dei progetti di ripresa faranno capo ad organismi pubblici o a società private, la loro esternalizzazione a queste ultime viene da più parti difesa in termini di agilità ed efficienza»; tuttavia, ciò ha comportato il progressivo disimpegno dell'intervento pubblico dal perseguimento di obiettivi di interesse collettivo ed il suo crescente asservimento agli interessi delle imprese. «La realizzazione [dei] programmi [...] indicati [dal PNRR] dovrebbe avvenire attraverso la costituzione di società pubbliche, che resterebbero poi proprietarie dei beni e delle reti di servizi attraverso di esse prodotti [...] si finanzierebbero tramite la raccolta di depositi a risparmio e l'emissione di obbligazioni» (p. 18).

<sup>120</sup> A. Sandulli, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 519.

<sup>121</sup> Cfr. S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 141 ss.

## 7. La resilienza dell'apparato amministrativo di fronte all'emergenza

Dopo aver riscontrato il *mimetismo* della pubblica amministrazione sul fronte europeo, in termini di finanza pubblica, nei rapporti fra pubblico e privato, nonché il suo ulteriore mutamento dovuto all'innovazione digitale, occorre chiedersi se l'apparato burocratico, comprensivo altresì dei soggetti privati esercenti servizi di interesse pubblico, sia capace o meno di adattarsi a situazioni emergenziali. È opportuno infatti domandarsi, in tali casi, cosa accade alla nozione della pubblica amministrazione e, in particolare, se l'attribuzione del potere d'emergenza a nuovi – o antichi – enti comporti la definizione di un nuovo perimetro dell'apparato burocratico.

Sin dal XIX secolo, il legislatore italiano ha cercato di porre rimedio con interventi normativi straordinari<sup>122</sup>. La prassi odierna non sembra essere mutata nonostante l'istituzione della Protezione civile<sup>123</sup>, con la quale l'amministrazione dell'emergenza avrebbe dovuto assumere la «veste di una vera e propria funzione di benessere frutto di una concezione espansiva dei compiti dello Stato moderno»<sup>124</sup>.

L'espansione del concetto di emergenza è dovuta ai sempre più frequenti eventi eccezionali e straordinari come le guerre, le crisi economiche e le catastrofi naturali. Basti qui ricordare la risposta italiana al fenomeno del terrorismo con le leggi n. 438/2001 e n. 155/2005. Tali normative consentono al Ministro dell'Interno di procedere, con decreto, all'espulsione dal territorio italiano degli individui ritenuti collegati al terrorismo. In tali casi, il provvedimento ministeriale diviene espressione di un bilanciamento di interessi particolari rispetto a una condizione priva di minacce terroristiche, in ossequio al «principio dello stato di necessità»<sup>125</sup>.

Si può riportare un altro esempio, ovvero quello dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 che, nel corso del 2020, si è diffuso in modo pandemico su tutto il globo, comportando l'adozione di strumenti giuridici e misure economiche straordinari<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Si considerino, a titolo esemplificativo, il risanamento della città di Napoli nel 1885 e il terremoto di Messina nel 1908.

<sup>123</sup> Istituita con la l. 24 febbraio 1992, n. 225.

<sup>124</sup> A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2008, 224.

<sup>125</sup> Ivi, 227.

<sup>126</sup> L'Italia si è dimostrata parzialmente capace di affrontare in modo efficace e trasparente la pandemia, stante il numero considerevole di d.P.C.M. (dal 23 febbraio al 3 novembre 2020 sono stati adottati 19 d.P.C.M. Fonte: <http://www.governo.it/it/coronavirus>) e decreti-leg-

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

In tale contesto, si registra l'ampliamento dei poteri dell'esecutivo conseguente all'impoverimento del ruolo espresso dal Parlamento, il cui processo decisionale<sup>127</sup> risulta troppo lento rispetto alla celerità che la risposta alla situazione di crisi richiede. Pertanto, non è insolito che l'esecutivo adotti atti immediatamente esecutivi. Tale prassi deriva essenzialmente da una complessiva «inefficienza e inefficacia delle amministrazioni pubbliche e degli strumenti giuridici a loro disposizione, ovvero dalla incapacità della società»<sup>128</sup> di far fronte a problemi di particolare complessità.

Non è un problema solo italiano. Si riporta a titolo esemplificativo la recente riforma<sup>129</sup> della legge tedesca «per proteggere la popolazione in una situazione epidemica di portata nazionale», che attribuisce maggiori poteri di intervento al *Bundesrat* per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e limita, di fatto, le funzioni del *Bundestag*.

Dunque, stante la mutevolezza degli interessi pubblici da perseguire a seconda della crisi da fronteggiare, può ritenersi giustificata l'adozione di strumenti d'emergenza per sopperire all'incapacità delle singole amministrazioni di gestire la crisi?

Ciò che è certo è che non può affrontarsi la questione dell'emergenza in modo unitario, in considerazione della consistente varietà di situazioni concrete. In realtà, è proprio sulla base di tale presupposto che l'amministrazione dell'emergenza costituisce un *unicum*, con strumenti e misure propri. La quantità e la qualità dei casi che danno vita al fenomeno dell'amministra-

ge (dal 3 febbraio al 17 ottobre 2020 sono stati approvati 16 decreti-legge. Fonte: <http://www.governo.it/it/coronavirus>) che si sono susseguiti nel corso dell'emergenza. Dal punto di vista sovranazionale, l'Unione europea ha adottato misure economiche straordinarie, sin dal *Fiscal compact* del 2012, meccanismo introdotto per far fronte alla crisi economica globale del 2008. Cfr. l'Accordo *Eu's Next long-term budget & Next generation Eu* del 10 novembre 2020 tra Parlamento europeo, Consiglio europeo e Commissione europea, per lo stanziamento di 1.074 trilioni tra il 2021 e il 2027 in combinazione con il finanziamento temporaneo di 750 miliardi.

<sup>127</sup> Invero, nel corso del primo anno di pandemia, è stato introdotto un nuovo controllo *ex ante* delle Camere sugli atti del Presidente del Consiglio dei ministri, nelle more della procedura prevista dalla legge di conversione del d.l. n. 19 del 2020 (l. n. 25 del 2020). In particolare, a norma dell'art. 2, c. 1, i d.P.C.M. debbono essere illustrati preventivamente alle Camere dal Presidente del Consiglio o da un ministro da lui delegato «al fine di tenere conto di eventuali indirizzi da esse adottati». Sulle conseguenze derivanti da tale nuova forma di controllo, cfr. M.C. Grisolia, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su "emergenza e governo-pubblica amministrazione"*, in *Riv. Aic*, 2021, 439 ss. Nel senso che i controlli giurisdizionali negli stati di emergenza possano rivelarsi poco agevoli, cfr. G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, *ivi*, 384 ss.

<sup>128</sup> A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 230.

<sup>129</sup> Il 18 novembre 2020 è stato approvato il disegno di legge n. 19/23944.

zione d'emergenza «fanno pensare alla configurazione di un nuovo modello di amministrazione»<sup>130</sup>.

Basti pensare al fatto che l'attuale sistema organizzativo della pubblica amministrazione, a partire dalla stessa legge sul procedimento, predilige modelli di comportamento meno autoritari e più consensuali. Modelli ovviamente inapplicabili in situazioni d'emergenza in cui si richiede una forma autoritaria di intervento che consenta la massima esplicazione del potere pubblico.

La legalità del «potere d'emergenza» (o di necessità e urgenza<sup>131</sup>) trova il proprio fondamento nelle norme costituzionali: ad esempio, nell'art. 16, primo comma, Cost. per cui «ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di *sanità* o di *sicurezza*». In questo senso, l'ampliamento del novero dei poteri gestori dell'esecutivo e, di riflesso, della pubblica amministrazione in casi di emergenza non risiede in una specifica norma ordinaria, bensì viene sussunto a *grundnorm*, stante il limite (relativo) di garantire l'adozione di strumenti che siano proporzionati all'emergenza da fronteggiare.

Il mancato riconoscimento della forza di legge alle ordinanze di necessità e urgenza, come quelle adottate dai presidenti di Regione o dal prefetto, sancendone il carattere amministrativo, costituisce un esempio della logica sottesa alla distribuzione del potere di emergenza. In tal senso, è piuttosto pacifica l'idea che la pubblica amministrazione possa, in situazioni di estrema necessità, giungere ad adottare provvedimenti esecutivi, in deroga<sup>132</sup> a specifiche disposizioni di legge, nel rispetto dei principi sanciti dalla Costituzione. Si registra il caso delle ordinanze del presidente della regione Calabria in contrasto con il d.P.C.M. del 26 aprile 2020 circa le misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19<sup>133</sup>. Il giudice amministrativo

<sup>130</sup> A. Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., 238.

<sup>131</sup> R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 777.

<sup>132</sup> Invero, l'art. 15 CEDU stabilisce che «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» gli stati firmatari possono «adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda». Sull'evoluzione interpretativa di tale clausola nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. F. Donati, *Il contributo della giurisprudenza*, cit., 38.

<sup>133</sup> Sul punto, v. TAR Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, in base alla quale sono da considerarsi prevalenti le disposizioni contenute nel d.P.C.M., configurabile quale atto amministrativo, sull'ordinanza regionale in ragione degli artt. 2, c. 1, e 3, c. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che attribuiscono al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di individuare le misure più adatte al contenimento dell'epidemia. In particolare, la pronuncia del Tribunale

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

della regione Calabria ha stabilito che prevalgono le disposizioni emanate dal Presidente del Consiglio dei ministri – di natura amministrativa – a cui pertiene, in rappresentanza del Governo, una competenza generale in caso di sicurezza nazionale<sup>134</sup>.

Ne è conseguito che, in caso d'emergenza sanitaria, il potere d'emergenza è attribuito al Governo centrale e non già a quelli territoriali, in virtù del terzo comma dell'art. 117 della Carta costituzionale, purché sia adottata una disposizione normativa ordinaria che ne espliciti i contenuti. La fonte ordinaria del potere in parola costituisce pertanto una mera espressione di ciò che è già sancito a livello costituzionale. Vero è che l'art. 1, comma 1, l. n. 241/90 enuncia il principio di legalità in base al quale l'attività amministrativa è soggetta alla legge (e a tutti gli atti aventi forza di legge): tuttavia, come sopra riportato, in situazioni d'emergenza o straordinarie il Governo può intervenire con atti, ancorché di natura amministrativa (decreti del presidente del Consiglio, ordinanze ministeriali, decreti della Protezione civile, ecc.), il cui fondamento risiede nella conformità ai principi sanciti dalla Costituzione<sup>135</sup>.

In tal senso, l'uso del potere d'emergenza non comporta “uno strappo della legalità”<sup>136</sup> poiché deve esercitarsi nel rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti, delle riserve di legge, nonché in funzione dei principi di efficienza e buon andamento.

Pertanto, in situazioni di crisi (sanitaria, di sicurezza o economica), sembrerebbe emergere la tendenza nei Paesi occidentali di ampliare (tem-

amministrativo è di rilievo in quanto opera un bilanciamento fra la competenza esclusiva regionale in materia sanitaria (art. 117, secondo comma, Cost.) e quella concorrente con lo Stato circa l'esigenza di tutelare la salute a livello nazionale (art. 117, terzo comma, Cost.).

<sup>134</sup> Cfr. l'art. 120, secondo comma, Cost. secondo cui il Governo può sostituirsi agli enti territoriali in caso di «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica».

<sup>135</sup> In tema di bilanciamento tra esigenze legate a diritti fondamentali e inviolabili e proporzionalità e ragionevolezza della misura legislativa, v. *ex multis* C. cost. 9 maggio 2013, n. 85, per cui «[l]a disciplina ora censurata, riguardante una situazione grave e eccezionale, si inserisce in questa cornice costituzionale che impone alle istituzioni di tenere in considerazione l'esigenza di garantire [...] la grave compromissione della salubrità dell'ambiente, e quindi della salute delle popolazioni presenti nelle zone limitrofe». Nello stesso senso, v. pure Corte cost. n. 58 del 2018 secondo cui il bilanciamento operato dal legislatore non risponde ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, non avendo tenuto «in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita».

<sup>136</sup> In tal senso, «un'ordinanza o un d.P.C.M. che deroga alla legge all'interno di una emergenza pandemica globale, non pone in discussione la stabilità democratica, cerca di dare una risposta immediata a un bisogno sociale»; così, E.C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Riv. Aic*, 2021, 64 ss.

poraneamente) i poteri dell'esecutivo, delineando in tal modo l'attribuzione alla pubblica amministrazione di una (nuova) funzione interventistica dettata dalla straordinarietà del momento e dall'urgenza.

## **8. Conclusioni: per una nozione “liquida” di pubblica amministrazione**

Le considerazioni sinora illustrate consentono di trarre alcune conclusioni.

Può affermarsi che l'evidente impossibilità di anticipare la disciplina normativa circa fattori esogeni come l'evoluzione tecnologica o le situazioni di crisi, economiche e non, consentirebbe di propendere per una definizione di pubblica amministrazione «a geometria variabile»<sup>137</sup>.

Ciò nondimeno, stante la scarsa utilità di un unico criterio di selezione degli enti che possono considerarsi pubblici, si ritiene che la valutazione circa la pubblicità di un ente debba essere resa caso per caso, avvalorando l'esigenza di superare l'impostazione “funzionale” di pubblica amministrazione, legata essenzialmente alla disciplina di riferimento.

Quest'ultima, infatti, rischierebbe di alimentare la prassi già pericolosamente consolidata del legislatore di istituire nuovi organismi pubblici, e dunque nuove “funzioni”, per far fronte all'esigenza del momento. Sicché, come appurato nelle pagine che precedono, ne deriverebbe un ampliamento incontrollato della costellazione degli enti pubblici.

Invero, l'eccessiva rigidità del sistema amministrativo di fronte a fattori esterni – e, per l'appunto, imprevedibili – trova riscontro, ad esempio, nei numerosi provvedimenti<sup>138</sup> adottati in occasione di eventi emergenziali<sup>139</sup>.

Nel corso dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 si è registrata la tendenza a potenziare le funzioni e i poteri del Dipartimento della Protezione civile, piuttosto che istituire un'amministrazione (o un dipartimento) all'uopo ed *ex novo*. Ciò dimostra la consapevolezza del legislatore circa la

<sup>137</sup> S. Cimini, *L'evoluzione dei caratteri degli enti pubblici*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police e F. Saitta, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, I, Firenze, Firenze University Press, 2016, 369.

<sup>138</sup> *Ex multis*, cfr. Dip. Prot. civ., decreto n. 1886 del 16 maggio 2020.

<sup>139</sup> Negli eventi sismici del 2009 e del 2016 furono adottate ordinanze e altre fonti di natura secondaria volte essenzialmente ad implementare le risorse, finanziarie ed umane, che occorrevano in quel momento di emergenza.

## il mimetismo della nozione di pubblica amministrazione

presenza di strutture amministrative già esistenti e funzionanti, da potenziare all'occorrenza.

Giova, tuttavia, ricordare che non in tutti i casi l'ampliamento del novero degli enti pubblici è sconsigliabile. Si pensi all'istituzione di enti strumentali<sup>140</sup>, come le Agenzie fiscali<sup>141</sup> per assicurare l'efficienza e l'economicità di certi settori dell'economia pubblica. Invero, lo scorporo dei compiti prima attribuiti a strutture ministeriali non deve apparire in contraddizione con quanto sopra affermato in merito all'esigenza di offrire maggior dinamicità alla nozione di pubblica amministrazione. La razionalizzazione del novero degli enti pubblici risponde al bisogno di garantire la protezione delle posizioni giuridiche fondamentali «in modo immediato»<sup>142</sup>, facendo ricorso a funzioni altamente tecniche.

Dunque, se, da un lato, è possibile perseguire l'esigenza di una maggior flessibilità dell'amministrazione pubblica tramite l'inserimento o meno degli enti nell'Elenco ISTAT, in ragione dell'impiego di risorse pubbliche e della rilevanza ai fini dell'equilibrio del bilancio dello Stato, dall'altro, la nozione giuscontabile dell'apparato burocratico sembrerebbe resistere anche dinanzi alle emergenze. Basterebbe inserire all'interno dell'Elenco l'ente a cui è attribuita la funzione "eccezionale e temporanea" per consentire di estendere i confini del settore pubblico allargato anche a quei soggetti istituiti per la fase emergenziale<sup>143</sup>.

Infatti, di fronte all'emergenza economica, l'attribuzione all'ISTAT del compito di individuare annualmente gli enti che sono tenuti a rispettare i vincoli finanziari europei – e che concorrono al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica – costituisce uno strumento di riordino provvisorio ma tangibile del settore pubblico.

Pertanto, sembrerebbe potersi affermare che il carattere di pubblicità sia attribuibile a seconda dell'impiego o meno di risorse pubbliche, sia che si tratti di soggetti sostanzialmente pubblici ovvero organizzati su base privata.

In tal senso, sarebbe auspicabile una riforma di sistema dell'apparato

<sup>140</sup> Giova qui ricordare che, in virtù dell'art. 4, l. n. 70 del 1975, «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge».

<sup>141</sup> V. l'art. 57, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

<sup>142</sup> G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*<sup>7</sup>, I, Milano, Giuffrè, 1954, 14-15.

<sup>143</sup> Sul punto, v. l'istituzione della figura del "Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19" la cui fonte non risiede nel Codice della Protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1) ma nell'art. 122, d.l. 17 marzo 2020, n. 18; il nuovo organo non è incluso fra gli enti di cui all'Elenco ISTAT del 2020.

burocratico che attribuisca maggiore rilevanza all'Elenco ISTAT<sup>144</sup>, al fine «di rilanciare funzionalità, imparzialità, democraticità, effettività e fiducia dei cittadini nelle amministrazioni, con un vantaggio anche economicamente molto rilevante, non solo in termini di risparmio di spesa, ma di funzionamento complessivo del sistema economico del nostro Paese»<sup>145</sup>.

In questi termini, l'essenza della nozione di pubblica amministrazione risiederebbe nella programmazione di una *mission*, basata sul dinamismo e sull'etica dell'attività amministrativa, cosicché sia in grado di fornire una risposta efficace alle variegate situazioni concrete che si dovessero presentare, senza dover ricorrere all'istituzione, volta per volta, di organismi pubblici *ad hoc*.

### *Abstract*

*The research aims to address the problem of the delimitation of the Italian public administration's boundaries. Given the lack of a legislation which sets out, in a uniform way, the conditions under the "public" character may be attributed to private entities pursuing public interests, there are many issues which concern the notion of public administration, of which the lowest common denominator is the recurrent crisis situations (economic and health). It is well known that the latter have put a strain on public administration's resilience, effectiveness and efficiency. In particular, the relevance of the European legal system's influence on the domestic one can be noted by the attribution to the Italian National Institute of Statistics of the task of identifying annually the entities that contribute to the budgetary balance and the sustainability of the public debt. Well, on one hand, the "public-private" dichotomy shouldn't be considered obsolete and, on the other, the rationalisation of the administration in the private way plays an essential role in containing public spending. Therefore, a criterion for the attribution of public nature, based on the use of public resources and the assessment of the public character on a case-by-case basis, would allow to simplify the framework of the wider public sector, in the prism of flexibility and dynamism.*

<sup>144</sup> A. Massera, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcellona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1993, 55 ss.

<sup>145</sup> F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 111.

# ARTICOLI

KLAUDIA KURCANI

## LE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA TRA PRESSIONI EUROPEE ED INTERVENTI NAZIONALI

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. Le varie stagioni delle telecomunicazioni: itinerari evolutivi. – 3. Verso una nuova dimensione delle comunicazioni elettroniche. – 3.1. Le reti di comunicazione tra semplificazione e digitalizzazione – 3.2. *Segue*: Il ruolo della Cassa depositi e prestiti nel settore delle comunicazioni elettroniche e la creazione della “rete unica”. – 4. La politica europea in materia di cybersicurezza. – 5. L’azione nazionale nel prisma della cybersicurezza. – 6. L’istituzione del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

### 1. Una breve premessa

Le reti di comunicazione hanno rappresentato, sin dalle origini, un servizio essenziale per la collettività e uno strumento che ha consentito alla società di progredire<sup>1</sup>.

La loro realizzazione è la risultante della progressiva e sempre più pervasiva necessità di creare collegamenti e scambiare informazioni<sup>2</sup>. Il settore

<sup>1</sup> Più in generale, sulla nozione di servizio pubblico, si rinvia a M. Nigro, *L’edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 118 ss.; F. Zuelli, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, Giuffrè, 1973, 43 ss.; M.S. Giannini, *Il potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986. Sui servizi pubblici locali, sia consentito il rinvio a M. Cammelli, *I servizi pubblici nell’amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, 7 ss.; M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*<sup>2</sup>, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 2558 ss.; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, il Mulino, 2005; G. Caia, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in *Diritto amministrativo e società civile*, I, Bologna, BUP, 2018, 327 ss. Si cfr. anche M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, 511 ss.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione del tema si rinvia a L. Montel, voce *Poste e telecomunicazioni*, in *D. disc. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1996, 366; F. Cardelli e V. Zeno Zencovich, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Bari, Laterza, 1997; G. Gardini, *Le regole dell’informazione. L’era della post-verità*<sup>4</sup>, Torino, Giappichelli, 2017.

presenta risvolti anche per la crescita del Paese, contribuendo al contempo ad accrescerne la competitività<sup>3</sup>.

Un ruolo centrale nel processo di evoluzione della disciplina delle comunicazioni elettroniche è stato svolto dall'Unione Europea, la quale si è resa portavoce delle esigenze emerse negli anni. Ciò, se da un lato ha portato all'adozione di nuove previsioni, dall'altro ha prodotto una stratificazione normativa, imponendo così agli Stati membri di adeguarvisi.

Il mercato delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica presenta i caratteri tipici dei servizi a rete e rappresenta un settore in progressiva evoluzione. L'utilizzo di nuove tecnologie ha infatti portato ad un aumento dei servizi offerti ed è stato così necessario, e quasi fisiologico, introdurre previsioni mediante cui fare fronte alle nuove esigenze.

Il panorama normativo e regolamentare sta inoltre assumendo profili inediti e inesplorati, in quanto questo si sta intrecciando con obiettivi nuovi, volti alla promozione degli investimenti e della digitalizzazione, così come alla diffusione delle reti 5G e al tentativo di creare la c.d. "rete unica".

Il quadro presenta contorni ancor più complessi se si assume quale angolo prospettico quello relativo alla cybersicurezza. I progressi tecnologici registratisi negli ultimi anni hanno portato alla diffusione di reti tra loro iperconnesse e questo ne ha sicuramente ampliato il potere connettivo, ma ha al contempo sollevato problemi relativi alla sicurezza dei dati e delle informazioni veicolati, rendendo necessaria l'adozione di previsioni e l'istituzione di organismi che disciplinino il settore.

I continui mutamenti che hanno investito il sistema rappresentano una sfida per il legislatore e i regolatori, se si considera anche il ritardo (dovuto alla difficoltà di individuare strumenti efficaci e condivisi di *governance*) delle amministrazioni pubbliche e delle infrastrutture nel fare fronte ai nuovi bisogni.

Il regime giuridico delle comunicazioni elettroniche è pertanto in divenire, così come lo è la disciplina relativa alla regolamentazione dei rischi cibernetici.

<sup>3</sup> Documento del Senato, Commissione politiche dell'Unione Europea, Audizione Wind Tre, 5 maggio 2020, avente ad oggetto «Il nuovo codice delle comunicazioni elettroniche», nel quale si legge che «l'industria delle TIC costituisce, infatti, una fetta considerevole del PIL e degli investimenti, e determina circa il 2,5%, della spesa media delle famiglie italiane; per quanto riguarda l'occupazione, nel settore trovano lavoro circa 120.000 addetti».

## 2. Le varie stagioni delle telecomunicazioni: itinerari evolutivi

Le comunicazioni elettroniche, com'è stato acutamente osservato, sono «di gran lunga il settore più liberalizzato tra le *public utilities*»<sup>4</sup> ed il mercato di riferimento è stato definito come un mercato «nato sulle ceneri di servizi pubblici»<sup>5</sup>.

Agli albori, il servizio veniva erogato e gestito dallo Stato, in quanto rientrante nel novero dei servizi di pubblica utilità<sup>6</sup>: l'intento era quello di creare una rete capace di svilupparsi diffusamente sul territorio nazionale, al fine di soddisfare, da un lato, la domanda di un servizio accessibile ad un prezzo ragionevole e assicurare, dall'altro, la fornitura di questo<sup>7</sup>.

La presenza statale con gli anni ha ceduto il passo all'apertura del settore alla concorrenza e all'entrata in scena di operatori economici privati<sup>8</sup>. Sono così stati eliminati i diritti esclusivi e speciali in capo all'impresa pubblica a favore della licenza individuale<sup>9</sup> e, una volta liberalizzato il settore, le telecomunicazioni sono divenute un'attività che può essere svolta in regime di libertà d'impresa<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> G. della Cananea, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. della Cananea, Torino, Giappichelli, 2005. Cfr. anche N. Rangone, *Le telecomunicazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 2391 ss., la quale effettua una ricostruzione storica del regime giuridico delle telecomunicazioni.

<sup>5</sup> Così F. Merusi, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1278 ss. Cfr. anche C. Cambini, P. Ravazzi e T. Valletti, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella U.E.*, Bologna, il Mulino, 2003.

<sup>6</sup> La l. 30 giugno 1910, n. 395 affidava tali attività al monopolio statale. Sul punto, si rinvia a M. Clarich e F. Cassano, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, in *Treccani*, XXI secolo, 2009.

<sup>7</sup> F. Dalle Nogare, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli, 2019, 11, il quale evidenzia come le decennali politiche comunitarie hanno affrontato «la sfida in modo organico e sistemico sotto il profilo normativo e regolamentare, promuovendo, da un lato, un percorso di liberalizzazione in più tappe, con lo scopo di favorire l'ingresso nel mercato di nuovi operatori e, dall'altro, puntuali interventi di armonizzazione delle regole, per operare il necessario riavvicinamento delle diverse legislazioni nazionali di riferimento». Sul punto, sia consentito il rinvio a G. De Sanctis e F. Molteni, *ad vocem, Poste e telecomunicazioni*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985.

<sup>8</sup> S. Del Gatto, *I servizi pubblici*, in *La nuova Costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bari, Laterza, 2021, 199 ss.

<sup>9</sup> L. Saltari, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, Ipsoa, Quaderni GDA, 2008, 20. Cfr. anche R. Spagnuolo Vigorita, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni: dal monopolio alla concorrenza regolata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998.

<sup>10</sup> Sul punto, si rinvia a S. Cassese e A. Valli, *Il nuovo diritto delle telecomunicazioni*, in

Il legislatore europeo ha svolto un ruolo fondamentale nei processi di liberalizzazione e privatizzazione, intervenendo nel settore mediante l'adozione di alcune direttive comunitarie<sup>11</sup>.

L'apertura del settore alle logiche concorrenziali ha così mutato il quadro giuridico di riferimento.

In primo luogo, sono stati pensati e creati strumenti di regolazione e controllo. La regolazione, diversamente da altre forme di ingerenza della mano pubblica in economia, «è parte del mercato, nella misura in cui contribuisce a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare»<sup>12</sup>.

In secondo luogo, il sistema di accesso alle reti si è caratterizzato da quello che è stato definito un “concerto regolamentare”<sup>13</sup>: le disposizioni, infatti, hanno cercato di contemperare le esigenze di regolazione, funzionali a garantire agli operatori economici eguali condizioni competitive, con la necessità di tutela della concorrenza. Queste due forze possono talvolta trovarsi tra loro in tensione, tanto che questa ambivalenza ha portato a qualificare il quadro come «il difficile matrimonio tra regolazione e concorrenza»<sup>14</sup>.

*Giorn. dir. amm.*, 1997, 1113 e a S. Cassese, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di F. Bonelli e S. Cassese, Milano, Giuffrè, 1999, 53 ss. Più in generale, sul percorso di liberalizzazione dei servizi pubblici, si rinvia a G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in questa *Rivista*, 2011, 33 ss.

<sup>11</sup> Queste state recepite a livello nazionale con il d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, recante il «Codice delle comunicazioni elettroniche» e con la l. 3 maggio 2004, n. 112, recante «Norme di principio in materia di assetto radiotelevisivo e della RA-Radiotelevisione italiana Spa». Cfr. L. Saltari, *Accesso e interconnessione*, cit., 1; *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2005. A. Tizzano, *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, in *Dir. inf.*, 1998, 917 ss.

<sup>12</sup> Così S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, il Mulino, 2000, 12. Cfr. anche S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 265 ss. e G. Napolitano, *L'indipendenza della regolazione e la garanzia dei privati*, in *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 97.

Quanto all'importanza dell'autonomia dei regolatori dal potere politico, sia consentito il rinvio ad A. Massera, “Autonomia” e “indipendenza” nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988; S. Cassese, *Chi ha paura delle autorità indipendenti?*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, 471 ss.

<sup>13</sup> Questo il termine utilizzato da S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 ss.

<sup>14</sup> M. Clarich, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Luiss Ceradi, 2004, 17. Sul rapporto tra regolazione e concorrenza si rinvia a P. Fattori, *Brevi note sulla ripartizione di competenza fra autorità garante della concorrenza e del mercato e autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Concorrenza e mer-*

## le reti di comunicazione elettronica

In terzo luogo, e non meno importante, le reti di comunicazione rientrano nei c.d. servizi a rete e ciò ne imprime le caratteristiche fondamentali<sup>15</sup>. La delimitazione dei contorni esatti della nozione di rete appare difficile in quanto questa presenta una dimensione polisemica e si declina in plurimi modi. La rete, infatti, non si esaurisce nell'esistenza di una infrastruttura fisica, ma ricomprende anche infrastrutture che prescindono dall'elemento materiale<sup>16</sup>.

La natura di monopolio naturale dell'infrastruttura ha così imposto di affrontare alcuni nodi problematici relativi alla modalità e agli strumenti necessari mediante cui garantire il servizio universale e la parità di accesso alle reti, evitando discriminazioni fra i produttori o distributori di beni e servizi che si avvalgono di questa, sia a monte sia a valle<sup>17</sup>.

I servizi a rete presentano «un'autonoma fisionomia rispetto al servizio pubblico tradizionalmente inteso» e sono contraddistinti dal fatto che la loro stessa esistenza è legata ad un'infrastruttura, la cui duplicazione sarebbe in concreto irrealizzabile<sup>18</sup>. Ciò ne plasma la forma, in quanto vi sono delle invarianti che ricorrono quando il servizio viene erogato sfruttando (necessariamente) una rete. Quest'ultima finisce così per rappresentare il «nocciolo

*cato*, 1998, 483 ss. e F. Bassan, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli, 2002, 285 ss.; su tale rapporto, con specifico riferimento ai servizi pubblici locali si rinvia a M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 127 ss. e Id. *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 513 ss.

<sup>15</sup> Le telecomunicazioni non esauriscono la categoria dei servizi pubblici a rete; si pensi, ad esempio, al settore dell'acqua, del gas, delle poste, dei trasporti o dell'energia. Più in generale, sui servizi a rete, si veda F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005, 4 ss., il quale individua il servizio elettrico come «l'esempio paradigmatico di quella tipologia di servizio pubblico denominata “servizio a rete”»; cfr. anche E. Ferrari, *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in *I servizi a rete in Europa*, a cura di E. Ferrari, Milano, Giuffrè, 2000, I ss.,

<sup>16</sup> F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete*, cit., 1 ss., il quale evidenzia come il termine “rete” «si presenta con una serie di significati vari, in ognuno dei quali è dato però rinvenire dei caratteri essenziali e, in quanto tali, ricorrenti».

<sup>17</sup> Tale obiettivo viene perseguito mediante la separazione societaria, funzionale o contabile, nonché mediante la regolazione delle condizioni e delle tariffe di accesso e la determinazione di livelli e standard di qualità della infrastruttura. Sul monopolio naturale, si vedano G. Cervigni e M. D'Antoni, *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Roma, Carrocci, 2001; Aa.Vv., *Le imprese multiutility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, a cura di E. Bruti Liberati e M. Fortis, Bologna, il Mulino, 2001.

<sup>18</sup> F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete*, cit., 85.

duro del servizio pubblico a rete e la ragione dell'emblematicità della fattispecie nell'ambito della categoria dei servizi a rete»<sup>19</sup>.

L'obbligo di assicurare il servizio universale, l'interconnessione alla infrastruttura strumentale all'erogazione del servizio, così come l'accesso a questo costituiscono «gli elementi fisionomici di un peculiare settore del diritto, denominato dei servizi a rete»; tali caratteristiche sono presenti in ciascuno dei servizi pubblici interessati e ne rappresentano pertanto una costante<sup>20</sup>.

Il panorama delle comunicazioni elettroniche presenta così profili particolari che lo contraddistinguono, tanto a livello normativo ed istituzionale, in quanto le previsioni si articolano su più livelli (sovranazionale, nazionale e locale) e gli attori coinvolti sono plurimi (come gli operatori presenti nella rete e che erogano i servizi, gli utenti, o ancora le *authorities*), i quali, a seconda dei casi, operano o regolano il settore, ovvero usufruiscono del servizio, quanto a livello strutturale, viste le peculiarità che caratterizzano i servizi a rete e, quindi, anche le reti di comunicazione.

### 3. Verso una nuova dimensione delle comunicazioni elettroniche

Una nuova stagione nella disciplina delle telecomunicazioni è andata delineandosi negli ultimi anni, forte anche i progressi tecnologici che hanno coinvolto il sistema.

In un primo momento, infatti, l'attenzione del legislatore e dei regolatori è stata focalizzata sulla tutela della concorrenza e sugli strumenti che hanno consentito a questa di affermarsi.

Con gli anni, però, sono emerse nuove esigenze, volte a promuovere gli investimenti necessari per lo sviluppo di reti ad altissima capacità (si pensi, ad esempio, alle reti 5G<sup>21</sup>). Di questi bisogni, ancora una volta, si è

<sup>19</sup> F.Vetrò, *Il servizio pubblico a rete*, cit., 5.

<sup>20</sup> F.Vetrò, *Il servizio pubblico a rete*, cit., 53. Cfr. anche nota 6, nella quale l'autore riprende il contributo di E. Ferrari, *La disciplina dei servizi a rete ecc.*, XIV, nel quale si evidenzia come «le trasformazioni ... hanno portato all'elaborazione di un settore del diritto fondamentalmente nuovo, ormai dotato di fisionomia e compattezza proprie che corrisponde alla denominazione di 'servizi a rete'». Sull'obbligo di accesso alla rete si veda F. Giglioni, *La regolazione dell'accesso nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Dir. amm.*, 2001, 85 ss.

<sup>21</sup> MISE, Programma di supporto tecnologie emergenti nell'ambito del 5G, Piano investimenti per la diffusione della banda larga del marzo 2019, adottato in attuazione della delibera CIPE 61/2018, lett. c), nel quale si evidenzia che «Il 5G è una rete mobile di nuova generazione basata su una tecnologia innovativa in grado di garantire connettività al gigabit (...). Le reti 5G, infatti, una volta diffuse, diverranno lo strumento con cui verranno erogati

## le reti di comunicazione elettronica

resa portavoce l'Unione Europea, adottando la dir. 2018/1972/UE, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche<sup>22</sup> ed il reg. UE n. 1971/2018<sup>23</sup>.

Il nuovo codice ha aggiornato la disciplina delle comunicazioni elettroniche alla luce dei mutamenti tecnologici e di mercato. Le nuove previsioni favoriscono l'innovazione tecnologica e la concorrenza (soprattutto per quanto specificamente attiene alle infrastrutture e agli investimenti), tra le altre cose anche mediante la deregolamentazione dei mercati, che oggi sono molto più competitivi rispetto al passato. Agli obiettivi di promozione della concorrenza e integrazione del mercato delle comunicazioni, si affianca una politica di investimenti promossa dall'Unione Europea in un piano d'azione che contiene, tra le altre cose, misure mediante cui promuovere la diffusione di reti ad altissima capacità, incentivare l'installazione del 5G e garantire l'accessibilità e la sicurezza delle reti e dei servizi<sup>24</sup>.

L'obiettivo è infatti quello di fornire servizi di buona qualità, accessibili al pubblico e a prezzi abbordabili, «attraverso una concorrenza efficace e un'effettiva possibilità di scelta»<sup>25</sup>.

Un profilo interessante e di indubbia novità si rinviene con riferimento ai regimi procedurali per l'installazione o la modifica di impianti di comunicazione elettronica: la direttiva intende infatti agevolare, anche mediante procedimenti amministrativi semplificati, lo sviluppo di reti ad altissima capacità. Ciò presuppone che gli Stati membri non subordinino l'installazione di punti di accesso senza fili a permessi urbanistici individuali o ad altri permessi individuali preventivi, salvo i casi in cui l'installazione avvenga

molteplici servizi essenziali tanto per il funzionamento del mercato interno quanto per il mantenimento e la gestione di funzioni vitali della società e dell'economia». Sulla politica europea in materia di 5G, si veda la Comunicazione COM(2020)50 della Commissione sul Dispiegamento del 5G sicuro – Attuazione del pacchetto di strumenti dell'UE.

<sup>22</sup> Dir. 2018/1972/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

<sup>23</sup> Reg. UE n. 2018/1971 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Agenzia di sostegno al BEREC (Ufficio BEREC). Il BEREC svolge i propri compiti in modo indipendente, imparziale e trasparente, perseguendo gli stessi obiettivi delle autorità nazionali di regolazione (cfr. art. 1, c. 3 e 4 del regolamento).

<sup>24</sup> E Dalle Nogare, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche*, cit., 54. Art. 1, c. 2, dir. 2018/1972/UE.

<sup>25</sup> Tra i principi e le finalità perseguiti vi sono quelli di «incentivare gli investimenti nelle reti a banda larga ad alta velocità» e contribuire «all'attuazione di politiche più ampie nei settori culturale, occupazionale, ambientale, della coesione sociale, urbanistico e dell'assetto del territorio» Cfr. considerando 3 e 22 della dir. 2018/1972/UE.

in edifici o siti di valore architettonico, storico o ambientale protetti a norma del diritto nazionale o, se necessario, per ragioni di pubblica sicurezza<sup>26</sup>.

Il legislatore europeo si prefigge così di creare un contesto normativo favorevole agli investimenti, con cui sviluppare reti ad altissima capacità, conseguire i nuovi obiettivi di connettività al 2025 e facilitare la copertura e connettività della banda larga.

Le attuali esigenze di mercato, infatti, non possono più essere soddisfatte mediante sole azioni di tutela e promozione della concorrenza, ma ad esse devono affiancarsi misure con cui garantire la crescita e lo sviluppo degli investimenti pubblici e privati<sup>27</sup>. La direttiva persegue una vera e propria politica industriale in materia di telecomunicazioni e si fa portavoce di queste nuove e mutate necessità<sup>28</sup>.

### 3.1. Le reti di comunicazione tra semplificazione e digitalizzazione

Per il conseguimento dei nuovi obiettivi (ed essendosi progressivamente affermata l'idea per la quale questi vadano perseguiti mediante politiche di semplificazione e digitalizzazione) il legislatore nazionale ha recentemente introdotto delle disposizioni mediante cui semplificare il tessuto legislativo delle comunicazioni.

Ed è proprio in quest'ottica che si inserisce il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. «decreto semplificazioni», convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. Più nello specifico, l'art. 38, d.l. n. 76/2020 ha delineato alcune misure di semplificazione in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica relative alle reti in fibra ottica e alle reti mobili di telecomunicazioni. Le imprese operanti nel settore possono effettuare interventi di scavo, installazione e manutenzione di reti di comunicazione in fibra ottica mediante la

<sup>26</sup> Il paragrafo 2 dell'art. 57 prescrive l'obbligo per la commissione di adottare il regolamento di attuazione, adottato il 30 giugno 2020, il quale ha stabilito le caratteristiche tecniche e fisiche delle c.d. *Small-Area Wireless Access Points (SAWAP)*.

<sup>27</sup> Si pensi, ad esempio, alla diffusione della tecnologia 5G, che rappresenta la base tecnica e di comunicazione che consentirà lo sviluppo su larga scala dell'*Internet of Things*, della domotica e dell'Industria 4.0. Più in generale, sulla connessione tra infrastrutture e crescita economica, si veda G. Piperata, *Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli*, in questa *Rivista*, 2013, 3 ss.; sulla disamina del ruolo del legislatore europeo in tale panorama si rinvia T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in questa *Rivista*, 2012, 417 ss.

<sup>28</sup> L'obiettivo di sviluppo della connettività mediante reti ad altissima capacità, integralmente in fibra ottica, garantisce accessi con prestazioni elevate anche in caso di alto livello di utilizzo contemporaneo e in condizioni meteorologiche avverse. Si cfr. *Digital Agenda for Europe 2010 e Gigabit Society 2016*.

presentazione di una segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), la quale sostituisce la procedura generale di autorizzazione. Un altro profilo interessante attiene al procedimento di verifica preventiva di interesse archeologico e agli scavi in microtrincea sul sedime stradale<sup>29</sup>. L'art. 48-ter, d.l. n. 76/2020 è poi intervenuto sul codice delle comunicazioni elettroniche nella parte relativa alle spese per i collaudi e le ispezioni<sup>30</sup>.

Ancora più recentemente, il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, ha emendato alcune previsioni del codice delle comunicazioni elettroniche, sempre in una logica di semplificazione del settore. Le modifiche si sono poste nel senso di incentivare il ricorso alla conferenza di servizi nei procedimenti di installazione di infrastrutture di comunicazione; proprio per questo motivo, l'amministrazione procedente deve convocare, entro cinque giorni, una conferenza di servizi, a cui si applicano le previsioni di cui agli artt. 14 ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241, con un dimezzamento dei termini<sup>31</sup>. Viene altresì prevista la possibilità che gli enti locali introducano dei termini più brevi per la conclusione dei procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa.

Il perimetro entro cui iscrivono le nuove previsioni ruota così attorno a logiche di semplificazione, al fine di promuovere l'installazione di infrastrutture di comunicazione.

L'intento del legislatore, da un lato, può sicuramente ritenersi meritevole di nota; dall'altro, però, questo intervento "a macchia di leopardo" ha introdotto previsioni parcellizzate e settoriali, con il rischio che queste, al posto di semplificare il quadro normativo, lo rendano ancor più instabile e confusionario<sup>32</sup>. Non è sufficiente allo scopo, infatti, introdurre delle previsioni (peraltro limitate) volte alla semplificazione, ma è necessario che a queste si accompagnino azioni che vadano nello stesso senso.

<sup>29</sup> L'art. 38, c. 5, prevede che «Per favorire lo sviluppo delle infrastrutture digitali e minimizzare l'impatto sul sedime stradale e autostradale la posa di infrastrutture a banda ultra larga da parte degli operatori può essere effettuata con la metodologia della micro trincea (...)». L'articolo ha inoltre inserito disposizioni di semplificazione per gli impianti di telefonia mobile temporanei nonché per l'utilizzo degli impianti in banda cittadina e per l'installazione degli impianti di videosorveglianza utilizzati dagli enti locali per le finalità previste dal patto per la sicurezza.

<sup>30</sup> L'articolo ha modificato l'art. 178 del codice, specificando come l'ambito di riferimento di tale previsione riguardi i collaudi e le ispezioni «effettuati dai propri funzionari».

<sup>31</sup> Art. 87, c. 6 ss., «Procedimenti autorizzatori relativi alle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici», codice delle comunicazioni elettroniche.

<sup>32</sup> Questo profilo viene abilmente evidenziato da C. Meoli e L. Saltari, *Le infrastrutture e le reti di comunicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 729.

A completamento del quadro sin qui tratteggiato, è importante sottolineare come l'esigenza di semplificazione si sia intrecciando con gli obiettivi delineati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). La missione 1 sostiene infatti la transizione digitale del Paese, promuovendo una strategia basata sulla digitalizzazione, tanto della pubblica amministrazione, quanto del sistema produttivo e delle infrastrutture di comunicazione. L'obiettivo, quindi, è quello di garantire la copertura di tutto il territorio con reti a banda ultra-larga e, affinché ciò avvenga, sarà fondamentale procedere all'installazione di nuove infrastrutture di comunicazione: semplificazione e digitalizzazione sembrano così andare di pari passo.

Le reti di comunicazione si presentano pertanto strategiche tanto per il perseguimento degli obiettivi europei, quanto di quelli nazionali, cristallizzati nelle recenti previsioni legislative e nel PNRR, sebbene non possano essere ignorati i potenziali risvolti critici che l'impianto normativo presenta e che potrebbero contribuire a minarne l'efficacia.

### 3.2. Segue: *Il ruolo della Cassa depositi e prestiti nel settore delle comunicazioni elettroniche e la creazione della "rete unica"*

I nuovi obiettivi si articolano così principalmente nella promozione degli investimenti, così come nella digitalizzazione e diffusione di reti ad altissima capacità.

Un ruolo centrale e strategico in questo panorama potrebbe venire svolto dalla Cassa depositi e prestiti (CDP S.p.A.)<sup>33</sup>.

L'art. 5, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, ha infatti previsto che la CDP possa «fornire prestiti e garanzie alle imprese per la realizzazione di specifiche opere e infrastrutture di interesse generale e possa investire nel capitale sociale (c.d. investimenti *in equity*) di società o di fondi operanti nel settore delle infrastrutture»<sup>34</sup>.

La CDP può così acquistare le partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale, e in particolare nelle infrastrutture energetiche, dei trasporti e delle comunicazioni, le quali rappresentano settori strategici per l'occupazione e hanno ricadute sul sistema economico-produttivo del paese<sup>35</sup>. Questa sostiene gli investimenti nelle infrastrutture a rete mediante CDP

<sup>33</sup> Sul punto, si rinvia a F. Bassanini, *La "mutazione" della Cassa Depositi e Prestiti: bilancio di un quinquennio (2009-2015)*, in Astrid e Id., *La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti*, in *L'Industria*, 2015, il quale ripercorre la trasformazione della CDP alla luce delle mutate esigenze emerse a seguito della crisi.

<sup>34</sup> Per una ricostruzione in tali termini si rinvia a S. Del Gatto, *I servizi pubblici*, cit., 203.

<sup>35</sup> Art. 7, d.l. 31 marzo 2011, n. 34, convertito in l. 26 maggio 2011, n. 122.

## le reti di comunicazione elettronica

Reti S.p.A., da un lato, che possiede una quota di controllo di TERNA, SNAM e ITALGAS e CDP Equity S.p.A., dall'altro, che detiene una quota sociale pari al cinquanta per cento di Open Fiber (in modo paritetico rispetto ad ENEL), operatore che si occupa della realizzazione della rete in fibra ottica a banda ultra-larga<sup>36</sup>. L'azione della CDP potrebbe così essere fondamentale per la promozione degli investimenti con cui diffondere reti ad altissima capacità.

In Italia, inoltre, un altro traguardo che si intende raggiungere consiste nella realizzazione della c.d. "rete unica", mediante l'istituzione di una rete partecipata da tutti gli operatori TELCO ma non controllata da nessuno di questi<sup>37</sup>. Ed è proprio in questa cornice regolamentare che si colloca la disciplina introdotta con la l. 17 dicembre 2018, n. 136 e, più precisamente, con l'art. 23-ter («Misure per potenziare gli investimenti in reti a banda ultralarga»), il quale ha modificato gli artt. 50-bis e 50-ter del codice delle comunicazioni elettroniche.

La creazione di tale rete sembra rappresentare uno strumento con cui raggiungere gli obiettivi prefissati dall'Agenda digitale europea così come dalla Strategia italiana per la banda ultralarga<sup>38</sup>. Per il loro perseguimento, la disposizione promuove la costituzione di una società unica della rete, alla quale verrebbero conferite le attuali infrastrutture di TIM e Open Fiber.

Il progetto prevede infatti l'unione tra Open Fiber, che è passata sotto il controllo della CDP, e FiberCop: il processo di realizzazione di tale operazione ha però subito una battuta d'arresto a seguito dell'istruttoria attivata dall'Antitrust.

L'autorità ha avviato un'indagine nei confronti di Telecom, Fastweb, FiberCop, Tiscali e KKR per valutare «i contratti che regolano la costituzione e il funzionamento di FiberCop e gli accordi di fornitura con Fastweb e Tiscali». Secondo l'autorità, infatti, contrariamente agli obiettivi dichiarati dal progetto FiberCop, l'intesa «riduce la concorrenza nei mercati dei servizi all'ingrosso e al dettaglio di telecomunicazioni a banda larga e ultralarga, generando altresì un effetto distorsivo degli investimenti, risultando nei fatti

<sup>36</sup> Open Fiber, con sede a Milano, è una società partecipata da CDP Equity (cinquanta per cento) ed ENEL (cinquanta per cento), che ha come obiettivo la realizzazione di una rete in fibra ottica su scala nazionale.

<sup>37</sup> Per una ricostruzione in tale senso, si rinvia a F. Bassanini, *Telecomunicazioni, perché la rete unica deve essere neutrale*, in *Corriere della sera*, 9 agosto 2020, il quale evidenzia che questo è il modello che le autorità di regolazione e il Parlamento ritengono sia da preferire.

<sup>38</sup> Tale strategia è stata approvata dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo 2015; sulla base di tale documento è stato adottato il «Piano di investimenti per la diffusione della banda ultralarga», il quale si integra al precedente «Piano Banda Ultra Larga» approvato dalla Commissione UE il 18 dicembre 2012.

discriminatorio e disincentivando una concorrenza basata sugli investimenti, nonché aumentando le barriere all'ingresso per alcune tipologie di operatori»<sup>39</sup>.

L'Unione Europea si è invece recentemente pronunciata sul progetto relativo al riassetto istituzionale di Open Fiber, ritenendo che l'operazione che prevede l'uscita di ENEL, con il conseguente ingresso del fondo australiano Macquarie ed un rafforzamento della quota della CDP (che passerebbe dal cinquanta al sessanta per cento), non presenti rischi di eventuali effetti distorsivi della concorrenza, vista l'assenza di sovrapposizioni orizzontali o relazioni verticali tra le attività di Macquarie e quelle di Open Fiber.

Ciononostante, il processo di creazione della rete unica sembra procedere al rallentatore.

Ad oggi, pertanto, il percorso è tutto in divenire: da un lato, sarà interessante capire se e come la CDP possa muoversi all'interno delle rinnovate esigenze del settore, incentivando gli investimenti e diventando protagonista del settore; dall'altro, sarà fondamentale comprendere se la creazione di una rete unica rappresenti realmente una scelta strategica e se potrà essere in concreto realizzata e in quali termini. È innegabile, infatti, che la sua istituzione limiterebbe considerevolmente la concorrenza e non pochi sono i dubbi emersi circa l'opportunità di realizzare tale operazione così come circa l'individuazione degli strumenti più idonei per poter procedere in tale senso.

#### **4. La politica europea in materia di cybersicurezza**

Nei paragrafi precedenti sono stati tratteggiati alcuni degli aspetti più rilevanti della disciplina delle comunicazioni elettroniche e ci si è soffermati sui profili di complessità che caratterizzano il settore e ne rappresentano al contempo una peculiarità.

I punti principali entro i quali ha da sempre preso forma il dibattito sulle reti di comunicazione attengono alla gestione e regolazione delle reti e dei servizi, nonché alla pluralità di soggetti che ivi operano.

Un altro profilo che assume particolare importanza e che è strettamente connesso all'infrastruttura è quello relativo alla sua sicurezza. Una società iper-connessa e la diffusione di reti ad altissima capacità (si pensi, ad esempio, alla potenzialità e pervasività del 5G) comportano la trasmissione di una pluralità di dati e informazioni, rendendo al contempo necessaria l'adozione

<sup>39</sup> AGCM, adunanza del 15 dicembre 2020.

## le reti di comunicazione elettronica

di misure volte a garantire la sicurezza delle reti e di quanto in queste viene veicolato. La massiccia diffusione delle tecnologie digitali nel tessuto economico e sociale ha intensificato, infatti, in modo quasi fisiologico e naturale, il rischio di attacchi cibernetici.

La cybersicurezza è stata definita come «l'insieme delle attività necessarie per proteggere la rete e i sistemi informativi, gli utenti di tali sistemi e altre persone interessate dalle minacce informatiche»<sup>40</sup>.

Il processo di liberalizzazione avviatosi verso la fine del secolo scorso ha affidato la gestione e la proprietà delle infrastrutture a soggetti privati, i quali hanno migliorato il servizio, anche mediante la digitalizzazione della loro gestione; i gestori, però, non hanno al contempo investito per l'adozione di misure con cui assicurare la sicurezza informatica<sup>41</sup>.

Decisivo ancora una volta è stato l'intervento dell'Unione Europea, che ha adottato la dir. 2016/1148/UE<sup>42</sup> (c.d. direttiva NIS), la quale si è posta come obiettivo quello di armonizzare gli ordinamenti degli Stati membri nella protezione delle infrastrutture critiche, mediante l'istituzione di un gruppo di cooperazione destinato a promuovere la collaborazione attraverso lo scambio di informazioni tra organismi competenti<sup>43</sup>.

La direttiva ha delineato le misure con cui assicurare un livello comune di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi degli Stati membri, i quali devono adottare una strategia nazionale e designare le autorità nazionali competenti, i punti di contatto unici e le reti CSIRT (*Computer Security Incident Response Team*)<sup>44</sup>.

La direttiva tratteggia gli obblighi di sicurezza e notifica per gli operatori di servizi essenziali e per i fornitori di servizi digitali<sup>45</sup>, a cui compete

<sup>40</sup> Art. 2, punto 1), reg. Ue n. 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cybersicurezza, e alla certificazione della cybersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il reg. Ue n. 526/2013.

<sup>41</sup> L.V.M. Salamone, *La disciplina del cyberspace alla luce della direttiva europea sulla sicurezza delle reti e dell'informazione: contesto normativo nazionale di riferimento, ruolo dell'intelligence e prospettive de iure condendo*, in *federalismi*, 23/2017.

<sup>42</sup> Dir. 2016/1148/UE, recante «Misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione».

<sup>43</sup> Cfr. considerando n. 57 della direttiva NIS.

<sup>44</sup> Il CSIRT è definito dalla dir. 2016/1148/UE quale «gruppo di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidente» che ogni Stato membro è chiamato a designare con il compito di trattare gli incidenti e i rischi secondo una procedura definita.

<sup>45</sup> Art. 1, c. 2, dir. 2016/1148/UE. Gli operatori di servizi essenziali sono i soggetti pubblici o privati, della tipologia prevista dall'elenco dell'allegato II (settori dell'energia e trasporti, settore bancario, infrastrutture dei mercati finanziari, settore sanitario, fornitura e

di adottare misure tecniche ed organizzative mediante cui gestire i rischi e prevenire gli incidenti<sup>46</sup>.

Il legislatore europeo, inoltre, consapevole dell'importanza e della strategicità delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici, il cui armonioso funzionamento appare indispensabile per il mercato interno, ha designato un gruppo di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidente. Tale gruppo si occupa della condivisione e dello scambio delle informazioni e delle *best practices* con cui assicurare un'efficace ed efficiente difesa e resilienza cibernetica; a questo si affianca una rete nazionale di gruppi di intervento per la sicurezza informatica in caso di incidente (c.d. rete CSIRT)<sup>47</sup>.

Un ruolo fondamentale viene svolto anche dalla *European Network Information and Security Agency* (ENISA), la quale si occupa della sicurezza informatica in Europa, fornendo aiuto alle istituzioni europee e ai vari Stati membri per attrezzarsi al fine di prevenire, rilevare e reagire in caso di problemi di sicurezza.

Nel panorama così tratteggiato, particolare importanza assume altresì il reg. Ue n. 881/2019, c.d. *Cybersecurity act*, il quale è volto a garantire il buon funzionamento del mercato interno, mediante il perseguimento di un elevato livello di cybersicurezza, cyberresilienza e fiducia all'interno dell'Unione<sup>48</sup>.

Il regolamento delinea gli obiettivi, i compiti e gli aspetti organizzativi dell'ENISA<sup>49</sup> e definisce il quadro per l'introduzione di sistemi europei di certificazione della cybersicurezza<sup>50</sup>. Il *Cybersecurity Act* introduce un sistema europeo di certificazione della sicurezza informatica dei prodotti e dei ser-

distribuzione di acqua potabile, infrastrutture digitali), individuati dalle autorità competenti Nis.

<sup>46</sup> Per servizi essenziali ci si riferisce a quelli necessari per il mantenimento delle attività socio-economiche fondamentali, come la sanità, l'energia, i trasporti, mentre i servizi digitali concernono la connettività, il *cloud computing* e le piattaforme.

<sup>47</sup> Alle autorità nazionali è stato inoltre affidato il compito di individuare e controllare l'applicazione della direttiva Nis, mediante la designazione di un punto di contatto unico nazionale in materia di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi.

<sup>48</sup> Art. 1, c. 1, «Oggetto e ambito di applicazione», reg. Ue n. 881/2019.

<sup>49</sup> Reg. Ce n. 460/2004 del 10 marzo 2004 che istituisce l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione. L'agenzia, nel 2012, ha pubblicato il manuale *National Cyber Security Strategies* e le *good practices in innovation on Cybersecurity under the NCSS*, con cui ha analizzato gli strumenti nazionali volti a garantire la cybersicurezza.

<sup>50</sup> Questo obiettivo garantirà un livello adeguato di cybersicurezza dei prodotti Tic, servizi Tic e processi Tic nell'Unione, oltre ad evitare la frammentazione del mercato interno per quanto riguarda i sistemi di certificazione della cybersicurezza nell'Unione.

## le reti di comunicazione elettronica

vizi digitali, mediante cui facilitare lo scambio di questi all'interno dell'Unione europea e accrescere la fiducia dei consumatori<sup>51</sup>.

L'utilizzo di tali certificazioni resterà comunque volontaria, salvo diversamente disposto dagli Stati membri in sede di recepimento delle previsioni europee. A queste dovrà poi affiancarsi una valutazione periodica dell'efficacia e dell'effettivo utilizzo delle certificazioni, così come una verifica circa l'opportunità di renderla obbligatoria per specifici settori merceologici che si presentano maggiormente sensibili o rilevanti per il mercato dei prodotti o servizi ICT.

La direttiva NIS e il *Cybersecurity Act* hanno quindi cercato di promuovere una *governance* comune tra gli Stati membri in materia di cybersicurezza: la stabilità e la sicurezza delle reti divengono così obiettivi fondamentali da conseguire.

La Commissione Europea, nel dicembre 2020, ha presentato una nuova strategia europea per la cybersicurezza, che rappresenta una componente essenziale della strategia digitale «Plasmare il futuro digitale dell'Europa», del piano per la ripresa dell'Europa e della strategia europea in tema di sicurezza<sup>52</sup>.

La disciplina introdotta non è, però, priva di risvolti critici: il legislatore europeo, infatti, sembra aver affrontato il tema della cybersicurezza con lentezza e, forse, eccessiva prudenza. Si pensi, ad esempio, al sistema delle certificazioni, il cui utilizzo è facoltativo, così come alla genericità delle previsioni introdotte ed al fatto che molto dipenderà da come verranno recepite a livello nazionale. Si pensi, ancora, all'assetto istituzionale e all'ENISA, la quale svolge ancora un ruolo marginale, in quanto la sua attività non sembra avere avuto conseguenze rilevanti: l'istituzione, infatti, adotta delle raccomandazioni prive di efficacia vincolante ed il suo operato, sia per quanto riguarda la capacità di incidenza sulle scelte tecnologiche delle imprese ICT sia per quanto concerne il controllo di sicurezza da parte di tali imprese, non ha prodotto effetti significativi.

L'azione del legislatore europeo si presenta, così, sin troppo “docile”, con il rischio che questa non sia di intensità tale da consentire il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

<sup>51</sup> Cfr. considerando 65 del regolamento, il quale evidenzia l'importanza della certificazione per il rafforzamento della sicurezza di prodotti, servizi e processi ICT e nell'accrescere la fiducia negli stessi. I livelli di affidabilità dei prodotti, servizi e processi ICT si articolano in tre diversi livelli: affidabilità base, affidabilità sostanziale e affidabilità elevata.

<sup>52</sup> Comunicazione su «Nuova strategia dell'UE per la cybersicurezza e nuove norme per rendere più resilienti i soggetti critici fisici e digitali» del 16 dicembre 2020.

## 5. L'azione nazionale nel prisma della cybersicurezza

A livello nazionale, il percorso di affermazione di un sistema di *governance* per la sicurezza delle reti di comunicazione elettronica si è articolato in una serie di passaggi di recente data.

Quanto all'assetto istituzionale, il PNRR ha previsto l'individuazione di un nuovo organismo per la sicurezza informatica nazionale, il quale sostituisce il Dipartimento di informazione e sicurezza (DIS). Su questa scia si inserisce la recente istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, che si occuperà della individuazione di azioni con cui assicurare la sicurezza e resilienza cibernetiche per lo sviluppo della digitalizzazione del Paese, del sistema produttivo e delle pubbliche amministrazioni<sup>53</sup>. L'agenzia sarà affiancata dal Comitato interministeriale per la cybersicurezza (CICS), che svolge funzioni di consulenza, proposta e vigilanza sulle politiche e attività del settore e dal Nucleo per la cybersicurezza. Il d.P.C. 16 settembre 2021 ha così delineato i termini e le modalità del trasferimento delle funzioni dal DIS all'agenzia.

Quanto alla *governance* in materia di cybersicurezza, questa è andata delineandosi nel corso degli anni e i principali passaggi in cui si è snodata possono essere così tratteggiati. Gli artt. 16-*bis* e 16-*ter* del codice delle comunicazioni elettroniche, così come introdotti dal d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, hanno previsto l'obbligo, per i fornitori delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, di adottare misure per tutelare la sicurezza e garantire l'integrità delle reti e dei servizi<sup>54</sup>. Le imprese dovranno inoltre segnalare al MISE gli incidenti che presentano un significativo impatto sui servizi forniti, al fine di ridurre i rischi di interruzione<sup>55</sup>.

Il decreto 12 dicembre 2018 del MISE si è premurato di dare attuazione agli artt. 16-*bis* e 16-*ter* del codice, con l'obiettivo di assicurare un livello di sicurezza adeguato al rischio esistente, garantendo al contempo la continuità del servizio<sup>56</sup>. Affinché ciò sia possibile, è necessario individuare i casi in cui la violazione della rete o la perdita della sua integrità siano da considerarsi

<sup>53</sup> L'agenzia è stata istituita dal d.l. 14 giugno 2021, n. 82 recante «Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale», conv., con modificazioni, con la l. 4 agosto 2021, n. 109. La disposizione delinea l'organizzazione e le funzioni dell'agenzia, del CICS e del Nucleo per la cybersicurezza.

<sup>54</sup> Art. 16-*bis*, c. 1, lett. a) e b), codice delle comunicazioni elettroniche.

<sup>55</sup> Art. 16, c. 2, codice delle comunicazioni elettroniche.

<sup>56</sup> Decreto del 12 dicembre 2018 recante «Misure di sicurezza ed integrità delle reti di comunicazione elettronica e notifica degli incidenti significativi».

## le reti di comunicazione elettronica

significativi così da poter procedere alla notifica, da parte dei fornitori di reti e servizi di comunicazione, alle competenti autorità.

Il decreto si applica ai servizi di comunicazione elettronica relativi all'accesso alla rete fissa o mobile da postazione fissa e all'accesso alla rete fissa o mobile da terminale mobile. I destinatari delle previsioni sono i fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica (c.d. operatori TELCO) che servono un numero di utenti effettivo pari o superiore all'uno per cento della base di utenti nazionale per i servizi e i fornitori che servono un numero di utenti effettivo pari o superiore ad un milione<sup>57</sup>.

Gli operatori TELCO devono così osservare specifiche misure di sicurezza e integrità e comunicare eventuali incidenti informatici considerati "significativi"<sup>58</sup>. Quando si verificano questi ultimi, infatti, si procede alla notifica al CSIRT (il quale è divenuto operativo il 6 maggio 2020 ed ha acquisito le competenze prima esercitate dal CERT e dal CERT-PA<sup>59</sup>) e all'Istituto superiore delle comunicazioni e tecnologie dell'informazione (ISCTI)<sup>60</sup>.

Ulteriori passi in avanti si sono registrati con il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 65, di recepimento della direttiva NIS, il quale ha prescritto l'adozione di misure per la sicurezza delle reti e dei sistemi informativi, individuando al contempo i soggetti competenti a dare attuazione agli obblighi ivi contenuti. Nel novembre 2018 sono stati individuati gli operatori dei servizi essenziali (OSE) ed è stato istituito, presso l'ISCTI, l'elenco nazionale degli OSE individuati dalle autorità competenti.

Il d.lgs. n. 65/2018 definisce altresì le regole di coordinamento interno tra le amministrazioni, così come le procedure per la predisposizione di documenti (quali quello relativo alla «Strategia nazionale di sicurezza ciber-

<sup>57</sup> Art. 3, decreto MISE. Il comma due specifica che la percentuale necessaria per far ricomprendere tali soggetti viene calcolata sulla base dei dati pubblicati dall'Osservatorio trimestrale delle comunicazioni a cura dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCM).

<sup>58</sup> L'art. 5 specifica invece che cosa si debba intendere per incidenti significativi, prescrivendo che «i parametri che definiscono la significatività di un incidente di sicurezza sono la durata del disservizio e la percentuale degli utenti colpiti rispetto al totale degli utenti nazionale del servizio interessato».

<sup>59</sup> L'attività del CSIRT è disciplinata dal d.P.C. 8 agosto 2019 in materia di «Disposizioni sull'organizzazione e il funzionamento del *Computer Security Incident Response Team* – CSIRT italiano».

<sup>60</sup> Il CSIRT definisce le procedure di prevenzione e gestione degli incidenti e predispone le informazioni e i documenti mediante cui aumentare la sicurezza cibernetica dei soggetti interessati. L'ente si rapporta inoltre con le reti CSIRT europee e ciò rappresenta indubbiamente uno strumento volto alla creazione di un sistema condiviso e efficace di comunicazione.

netica») e prescrive l'istituzione di punti di contatto e di cooperazione<sup>61</sup>. Le autorità competenti Nis, il punto di contatto unico e il CSIRT italiano collaborano per l'adempimento degli obblighi contenuti nel decreto legislativo.

Questi sono i "primi passi" che sono stati mossi in materia di cybersicurezza: il quadro presenta però alcuni elementi critici, in quanto le previsioni sono di ampio respiro e nei loro contorni sembrano residuare elementi incerti.

Si pensi, ad esempio, all'assetto istituzionale in materia di cybersicurezza: gli attori coinvolti sono plurimi e questi devono tra loro coordinarsi per il perseguimento di obiettivi comuni. Il rischio, però, è che ciò non sempre accada, con la conseguenza di assistere ad una frammentazione del loro operato e all'impossibilità di perseguire gli obiettivi in modo efficiente ed efficace.

Quanto, poi, alle azioni delineate per fare fronte agli attacchi cibernetici, queste sembrano essere connotate da profili eccessivamente generici, con il pericolo, anche sotto questo diverso profilo, che la loro implementazione risulti difficoltosa e ciò potrebbe limitarne, arrivando al punto da vanificarne, il contenuto.

## **6. L'istituzione del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica**

Ulteriori passi in avanti si sono registrati con il d.l. 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 novembre 2019, n. 133<sup>62</sup>.

La norma ha istituito un perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, mediante cui assicurare «un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi

<sup>61</sup> Art. 9, d.lgs. n. 65/2018, cooperazione a livello nazionale. Tale onere di coordinamento ha portato all'istituzione, presso la presidenza del consiglio dei ministri, di un comitato tecnico di raccordo, composto da rappresentanti delle amministrazioni statali competenti e da rappresentanti delle Regioni e Province autonome.

<sup>62</sup> D.l. 21 settembre 2019, n. 105, recante «Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e di disciplina dei poteri speciali nei settori di rilevanza strategica». I punti principali entro cui il d.l. opera attengono all'identificazione di sistemi informativi e servizi informatici rilevanti per la sicurezza nazionale cibernetica, all'istituzione di un meccanismo con cui rendere più sicuri gli acquisti di beni e servizi da installare nelle reti sensibili del paese, così come all'affidamento ad enti terzi della valutazione degli effettivi rischi, così da limitare il grado di discrezionalità politica dell'esercizio dei poteri speciali sul 5G. Sul punto, si rinvia a B. Carotti, *Sicurezza cibernetica e Stato-nazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 631, il quale evidenzia come in realtà i presupposti per l'adozione di un d.l. appaiano deboli ed evidenzia come tale tipo di fonte sia «stata scelta per assecondare i desiderata politico-istituzionali del governo».

## le reti di comunicazione elettronica

informativi e dei servizi informatici», il quale coinvolge le amministrazioni pubbliche, gli enti pubblici e i privati fornitori di servizi strategici, localizzati nel territorio nazionale e da cui dipende l'esercizio di una funzione, ovvero di un servizio essenziale dello Stato; l'ambito applicativo risulta così alquanto ampio e il perimetro sembra delinearasi attorno alla nozione dello «Stato-nazione»<sup>63</sup>.

L'identificazione dei soggetti ricompresi nel perimetro è cristallizzata nel d.P.C. 15 giugno 2021, il quale individua le categorie di beni, sistemi e servizi ICT destinati ad essere impiegati nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica. Il d.P.C. è stato adottato su proposta del CISR, sulla base di un criterio di gradualità e tenendo conto delle specificità dei diversi settori di attività<sup>64</sup>. L'individuazione delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici appare funzionale a stabilire quando possa ravvisarsi un rischio di pregiudizio per la sicurezza nazionale derivante dal malfunzionamento, dall'interruzione, anche parziale, ovvero dall'utilizzo improprio, di questi<sup>65</sup>. Al CISR compete poi di determinare i criteri con cui i soggetti ricompresi nel perimetro sono tenuti a predisporre, con cadenza almeno annuale, un inventario dei propri sistemi informativi<sup>66</sup>. Questa disposizione riguarda anche i soggetti che emettono certificati digitali e accreditati ai sensi dell'art. 29 del codice dell'amministrazione digitale.

Sempre in applicazione delle previsioni del d.l. n. 105/2019 sull'adozione di una disposizione con cui definire le modalità di notifica degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici<sup>67</sup>, è stato approvato il d.P.C. del 30 luglio 2020, n. 131. Tale decreto ha delineato i criteri e le modalità per l'individuazione dei soggetti inclusi nel perimetro nazionale di sicurezza cibernetica, così come uno schema di regolamento che definisce le modalità per la notifica nel caso di incidenti riguardanti beni ICT<sup>68</sup>. Recentemente è stato adottato anche il d.P.C. 15 giugno 2021, il

<sup>63</sup> Art. 1, c. 1, d.l. n. 105/2019.

<sup>64</sup> Art. 1, c. 2, lett. a) e b), d.l. n. 105/2019.

<sup>65</sup> Questi profili sono stati abilmente evidenziati da Palazzo Spada nel parere 26 maggio 2020, n. 983.

<sup>66</sup> Art. 1, c. 2, lett. b), d.l. n. 105/2019. Tale inventario andrà finalizzato e trasmesso entro sei mesi dall'emanazione dei suddetti criteri e dovrà includere «l'elenco delle reti, dei sistemi informativi e dei servizi informatici (...) comprensivo della relativa architettura e componentistica», che i soggetti di cui all'art. 1, c. 2, lett. a), sono tenuti a predisporre con cadenza almeno annuale.

<sup>67</sup> Art. 1, c. 3, d.l. n. 105/2019. Il CISR dovrà altresì elaborare le procedure per la notifica degli incidenti aventi impatto su «reti, sistemi informativi e servizi informatici» afferenti al perimetro ed elaborare le «misure volte a garantire elevati livelli di sicurezza» per tali sistemi.

<sup>68</sup> «Regolamento in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica», ai sensi

quale individua le categorie di beni, sistemi e servizi ICT destinati ad essere impiegati nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica.

Il d.l. riconosce un ruolo fondamentale al Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale può, in presenza di un rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale, «disporre, ove indispensabile e per il tempo strettamente necessario [...] la disattivazione, totale o parziale, di uno o più apparati o prodotti impiegati nelle reti o nei sistemi o per l'espletamento dei servizi interessati».

Il governo è tenuto così a rafforzare le misure e le prescrizioni al fine di conformarle ai nuovi standard di sicurezza cibernetica e la sua presenza appare pervasiva; si pensi, ad esempio, al fatto che questo può arrivare a imporre «la sostituzione di apparati e prodotti che risultino gravemente inadeguati sul piano della sicurezza», potendo così potenzialmente ledere l'iniziativa e il legittimo affidamento degli operatori<sup>69</sup>.

Un altro profilo interessante attiene all'istituzione di un meccanismo con cui assicurare un *procurement* più sicuro ai soggetti inclusi nel perimetro, qualora questi intendano procedere all'affidamento di forniture di beni e servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti e sui sistemi di comunicazione.

Il d.l. prevede inoltre l'adozione di un regolamento nel quale andranno delineate le procedure, le modalità, così come i termini che i soggetti, rientranti nel c.d. perimetro di sicurezza cibernetica, dovranno rispettare qualora intendano affidare la fornitura di beni, sistemi e servizi ICT destinati a essere impiegati sulle reti e sui sistemi informativi. Questi dovranno darne comunicazione al CVCN, il quale dovrà effettuare le verifiche preliminari ed imporre condizioni e test di *hardware* e *software*. Qualora il CVCN non si pronunci, i soggetti che hanno effettuato la comunicazione potranno proseguire la procedura di affidamento. In caso di imposizione di condizioni e *test* di *hardware* e *software*, i relativi bandi di gara e contratti dovranno contenere clausole che condizionano, sospensivamente ovvero risolutivamente, il contratto al rispetto delle condizioni e all'esito favorevole dei test disposti dal CVCN<sup>70</sup>.

dell'art. 1, c. 2, del d.l. n. 105/2019. Sullo schema del decreto si è pronunciato il Consiglio di Stato in sede consultiva. Cfr. Cons. St., adunanza del 1 dicembre 2020, parere n. 28/2021.

<sup>69</sup> Sul punto, si rinvia alla disamina di G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 550.

<sup>70</sup> Il CVCN contribuisce così all'elaborazione delle misure di sicurezza in materia di affidamento di beni, sistemi e servizi ICT e si occupa dell'elaborazione e adozione degli schemi di certificazione cibernetica, tenendo conto degli *standard* definiti a livello internazionale e dell'Unione europea, qualora gli schemi esistenti non siano ritenuti adeguati alle esigenze di tutela del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica.

## le reti di comunicazione elettronica

Il decreto cristallizza una idea ampia di sicurezza informatica, la quale si articola nell'adozione di piani di formazione, regolamenti, *policies*, così come nella diffusione di una cultura della sicurezza che, ad oggi, non è molto diffusa nel settore pubblico e in quello privato<sup>71</sup>.

L'impianto normativo descritto intende così creare una *governance* mediante cui conseguire un livello di sicurezza adeguato al rischio e garantire la disponibilità e la continuità dei servizi, prevenendo e limitando gli impatti di eventuali incidenti che possano pregiudicare la sicurezza per gli utenti e per le reti.

Le previsioni del decreto sembrano poi essere il frutto dell'implementazione del c.d. *golden power*<sup>72</sup>. I servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sul 5G sono infatti stati qualificati come «attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale»<sup>73</sup> ed il *golden power* è stato esteso anche ai settori «ad alta intensità tecnologica», tra cui è ricompresa anche la sicurezza delle reti<sup>74</sup>.

Con l'introduzione del perimetro di sicurezza cibernetica è stato così rafforzato il *golden power*, con specifico riferimento alle reti di comunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G<sup>75</sup>, divenendo questo parte integrante della strategia nazionale di sicurezza cibernetica.

L'azione nazionale in materia di sicurezza cibernetica è molto artico-

<sup>71</sup> Quanto al settore pubblico, infatti, l'art. 51 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. "CAD") impone di individuare le soluzioni tecniche idonee a garantire «la protezione, la disponibilità, l'accessibilità, l'integrità e la riservatezza dei dati e la continuità operativa dei sistemi e delle infrastrutture, così da preservare le infrastrutture tecnologiche e il patrimonio informativo della p.a. da possibili attacchi in grado di interrompere l'operatività dei servizi».

<sup>72</sup> Il *golden power*, come noto, rappresenta uno strumento di intervento pubblico in economia introdotto nel 2012. Sul punto, si rinvia ad A. Sandulli, *Stato e UE nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Dir. pubbl.*, 2020, 405 ss., spec. 410, il quale evidenzia come il *golden power* sia uno strumento di protezione del tessuto economico.

<sup>73</sup> Il d.l. 25 marzo 2019, n. 22, conv., con modificazioni, dalla l. 20 maggio 2019, n. 41, ha poi inserito l'art. 1-bis nella l. n. 56/2012, recante «Poteri speciali inerenti le reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G»; stati così stati inclusi nelle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G.

<sup>74</sup> Il d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172, è intervenuto sulla disciplina dettata dal d. l. 15 marzo 2012, n. 21, estendendo l'esercizio dei poteri speciali applicabili nei settori dell'energia, delle comunicazioni e dei trasporti agli asset «ad alta intensità tecnologica» riferendosi, a titolo esemplificativo, alle infrastrutture «critiche» o «sensibili», tra cui l'immagazzinamento e la gestione dati e strutture finanziarie e alle tecnologie «critiche», compresa l'intelligenza artificiale, la robotica, le tecnologie con potenziali applicazioni a doppio uso, e, ancora, la sicurezza in rete.

<sup>75</sup> La norma contiene un riferimento espresso alla tecnologia 5G e alla necessità di

lata e gli obiettivi che si intendono perseguire sono plurimi; il quadro, però, presenta nodi problematici non di poco conto. Sul punto, infatti, non sono mancate critiche al sistema introdotto dal d.l. n. 105/2019, il quale delinea un percorso attuativo molto complesso. Si pensi, ad esempio, al fatto che per la definizione del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica così come per la delimitazione degli obblighi dei soggetti che ivi sono inclusi sono stati adottati due decreti e che dovranno esserne adottati ancora altri<sup>76</sup>.

Tale percorso potrebbe così generare un panorama regolatorio dispersivo e frammentato; proprio per questo motivo, il Consiglio di Stato si è premurato di segnalare all'amministrazione l'esigenza di redigere un documento che fornisca un quadro attuativo chiaro a tutti gli operatori economici, pubblici e privati, rientranti nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica<sup>77</sup>.

Il panorama che ne emerge appare infatti costellato da una pluralità di previsioni, le quali devono tra loro coordinarsi.

Le strategie di protezione dovranno inoltre tenere conto non solo delle reti fisiche, ma anche delle infrastrutture immateriali, le quali si stanno sempre di più diffondendo. Ciò porterà ad un ampliamento del perimetro della sicurezza, imponendo al contempo di tenere conto delle peculiarità di tali reti.

Il quadro appare poi caratterizzato da due forze che si possono talvolta porre tra loro in tensione: da un lato, infatti, vi è la necessità proteggere le infrastrutture da eventuali attacchi, anche al fine di garantire la continuità del servizio e, dall'altro, vi è l'esigenza di incentivare gli investimenti e promuovere la diffusione di nuove reti, intensificando, così, la rete connettiva.

Il sistema delle certificazioni è inoltre volontario e solo a partire dal 2024 la Commissione Europea, sulla base della valutazione dell'efficacia e dell'utilizzo di sistemi di certificazione, potrà renderlo obbligatorio. Quanto, poi, al suo stato di avanzamento, la commissione che si occupa degli standard di sicurezza sta lavorando da mesi e il primo "bollino" dovrebbe essere in arrivo<sup>78</sup>. Il fatto che il loro utilizzo sia ad oggi volontario comporterà l'immissione sul mercato prodotti certificati e prodotti non certificati e ciò

proteggerla da attacchi informatici, al fine di fare fronte ai problemi di integrità dei sistemi di comunicazione elettronica a banda larga che caratterizzeranno il prossimo futuro.

<sup>76</sup> Come acutamente osservato dal Consiglio di Stato in sede consultiva il percorso «si snoda attraverso ben quattro decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e un regolamento governativo di esecuzione, da adottarsi ex art. 17, c. 1, l. 23 agosto 1988, n. 400».

<sup>77</sup> Parere Cons. St., n. 983/2020.

<sup>78</sup> G. Calzetta, *Ecco come funzionerà il "bollino" per la sicurezza informatica*, in *Il sole24ore*, 26 novembre 2020, il quale sottolinea come sarà poi necessario formare altre commissioni, le quali dovranno lavorare ognuna per conto proprio con l'unico obbligo di ottenere un avallo finale dall'ENISA.

## **le reti di comunicazione elettronica**

potrebbe rappresentare un elemento di differenziazione (e talvolta di discriminazione) tra questi.

Il modello pensato per assicurare la cybersicurezza potrebbe così presentare alcuni risvolti critici, con il rischio che le previsioni rimangano, di fatto, inattuatae oppure presentino problemi applicativi, a causa della confusione normativa e regolatoria e della conseguente difficoltà di individuare le azioni più idonee per dare loro corpo.

### **6. Brevi considerazioni conclusive**

Il quadro così tratteggiato merita qualche osservazione conclusiva. Il panorama normativo delle comunicazioni elettroniche si presenta articolato ed è la risultante dei plurimi interventi susseguitisi negli anni.

Il settore è stato investito, in un primo momento, da una stagione di liberalizzazioni, la quale ha comportato il passaggio da una gestione pubblica ad una privata del servizio, ma con alcune limitazioni (si pensi, ad esempio, all'obbligo di controllo dei prezzi o agli obblighi di servizio universale); la mano pubblica sembra così riemergere di volta in volta, come fili invisibili. La presenza della rete, quale elemento imprescindibile per l'esistenza e l'erogazione del servizio, rappresenta il profilo che distingue le comunicazioni elettroniche da altri servizi pubblici tradizionali. A ciò si aggiunge il fatto che, sebbene il settore sia stato protagonista di politiche di liberalizzazione e privatizzazione, questo è permeato dai tratti propri del servizio a rete, che rappresentano una costante e ne imprimono la fisionomia.

La diffusione della tecnologia ha poi reso necessario un intervento legislativo mediante cui conformarsi alle nuove esigenze nel settore e che è culminato nell'approvazione del nuovo codice europeo delle comunicazioni elettroniche. Quest'ultimo ha delineato, accanto ai tradizionali obiettivi di tutela della concorrenza, nuove e inesplorate esigenze, connesse alla promozione degli investimenti nel settore e della digitalizzazione, così come alla diffusione di reti iperconnesse. Sono così state introdotte previsioni volte a semplificare la trama normativa, al fine di consentire il rilancio degli investimenti e la digitalizzazione del settore, conformemente anche agli obiettivi delineati dal PNRR. La sfida, tanto per il legislatore quanto per i regolatori, sarà quindi quella di creare reti che possano interagire tra loro, in un'ottica convergente.

Il quadro, inoltre, assume contorni ancor più interessanti se si pensa al tessuto normativo in tema di sicurezza informatica, nel quale le previsioni adottate sembrano tra loro intrecciarsi, trasformando quello che avrebbe

dovuto essere un quadro chiaro in un'articolazione complessa e dai confini incerti.

L'esatta delimitazione delle categorie giuridiche coinvolte appare pertanto complicata, a causa della continua evoluzione tecnologica che ne muta costantemente i confini.

È ancora presto per capire se, e in quali termini, le scelte compiute dal legislatore e dai regolatori produrranno gli effetti sperati e saranno effettivamente coerenti con gli obiettivi prefissati dal legislatore sovranazionale e nazionale.

Come si è più volte evidenziato, infatti, sono plurimi i nodi problematici e le incognite che l'impianto normativo presenta, soprattutto se si assume quale angolo prospettico quello della sua concreta implementazione, la quale richiederà del tempo; sarà quindi interessante vedere se le previsioni rimarranno di fatto inattuato oppure se sarà possibile dare loro forma.

Una cosa, però, è certa: le recenti trasformazioni hanno inciso in profondità sulla disciplina delle comunicazioni elettroniche, elidendo assetti consolidati ed arrivando a definire un nuovo equilibrio del sistema, il quale presenta profili inediti e ancora oggi in gran parte inesplorati.

#### *Abstract*

*The essay aims to examine the legal regime of electronic communication networks, by reconstructing the developments that have taken place during the years and the features that characterize it.*

*The spread of digital technology has led to the emergence of new needs, making it necessary to introduce provisions and tools to pursue new objectives, which may at the same time present some implementation problems.*

*Technological progress, however, have also raised data and information security issues. The paper therefore analyzes the regulatory framework for cybersecurity, highlighting both its potential and critical issues.*

GIULIA MATTIOLI

## LA CLAUSOLA DI PRELAZIONE STATUTARIA IMPROPRIA NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Premessa: l'art. 10, c. 2, d.lgs. n. 175/2016 (Tusp) e l'emersione delle questioni interpretative in tema di prelazione. – 2. L'interpretazione “combinatoria” nella conciliazione della clausola di prelazione con le procedure di evidenza pubblica. – 3. La giurisprudenza “normativa” nell'affermazione del primato del diritto comune a fronte della prelazione statutaria impropria. – 4. La “dialettica” tra le due posizioni dell'invalidità e della validità della clausola statutaria di prelazione impropria: alcuni rilievi critici.

### **1. Premessa: l'art. 10, c. 2, d.lgs. n. 175/2016 (Tusp) e l'emersione delle questioni interpretative in tema di prelazione.**

Nella versione finale del Testo unico delle società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, di seguito Tusp) è stata accolta la proposta formulata dalla Conferenza unificata<sup>1</sup> di introdurre un limite alla libera circolazione delle partecipazioni societarie.

Nell'ambito infatti del c. 2 dell'art. 10 del Tusp, articolo dedicato all'alienazione di partecipazioni sociali<sup>2</sup>, premesso l'obbligo del rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, derogabile solo in casi eccezionali<sup>3</sup>, viene introdotta una clausola di salvezza relativa

<sup>1</sup> Cfr. art. 10 della *Relazione illustrativa al Testo unico*, con cui si rimanda all'osservazione formulata nel parere della Conferenza unificata sull'AG 297, in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>2</sup> V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza. Aggiornato al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, 382 ss.

<sup>3</sup> La norma introduce un rapporto regola-eccezione che lascia intendere la chiara preferenza del legislatore verso un regime di concorrenza: l'operazione di alienazione deve avvenire generalmente attraverso l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica, soltanto in via eccezionale, in ipotesi congruamente motivate, con riferimento alla convenienza economica dell'operazione e con particolare riferimento alla congruità del prezzo, si potrà ricorrere alla negoziazione diretta con un singolo acquirente. Per approfondimenti, cfr. le considerazioni svolte nell'ambito del *Documento di analisi dell'Atto di governo 297 contenente lo Schema*

al «diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto»<sup>4</sup>.

L'introduzione della clausola di salvezza relativa all'esercizio del diritto di prelazione da parte dei soci ha inevitabilmente comportato l'emergere di molteplici questioni di carattere interpretativo.

Innanzitutto ci si è chiesti se la clausola di salvezza sia da considerare come una vera e propria eccezione, al pari di quella espressamente formulata nel secondo periodo del medesimo c. 2<sup>5</sup> da interpretare in modo restrittivo (*ex art. 14 preleggi*), oppure se in detta clausola sia individuabile una regola da conciliare con le procedure ad evidenza pubblica.

In secondo luogo, la dottrina si è interrogata in ordine a quali siano le modalità che rendono possibile conciliare le clausole limitative della libera circolazione delle partecipazioni societarie con le procedure ad evidenza pubblica e se, effettivamente, questa "conciliazione" sia sempre possibile.

Nella presente riflessione verranno esaminate due diverse impostazioni interpretative emerse con riferimento ai principi ed alle procedure da seguire nel trasferimento delle partecipazioni societarie. Ciò, al fine di verificare se sia possibile, e con quali limiti, addivenire ad una lettura di "sintesi", che possa risolvere il latente conflitto tra le regole pubblicistiche e le ordinarie regole civilistiche a cui risultano assoggettate le società a partecipazione pubblica.

Premesso che in questa sede ci si limiterà ad esaminare soltanto l'assetto statutario delle società a partecipazione pubblica che contempli, quale clausola di limitazione al trasferimento delle partecipazioni, il diritto di prelazio-

*di decreto legislativo recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Audizione Commissioni Riunite del 24 maggio 2016; nonché le considerazioni svolte dall'Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 16 marzo 2016, in *www.camera.it*; cfr. anche *Relazione illustrativa*, cit., 9. Per approfondimenti in merito al corretto procedimento di stima del valore delle partecipazioni oggetto di negoziazione diretta si v. C. D'Aries, *Sub art. 10 TUSP*, in *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, a cura di C. D'Aries, S. Glininaski e T. Tessaro, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, spec. 88.

<sup>4</sup> Sembra opportuno richiamare, per completezza, il testo integrale dell'art. 10, c. 2, d.lgs. n. 175/2016, che così dispone: «l'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente. È fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto».

<sup>5</sup> Cfr. *sub* nota n. 4.

## la clausola di prelazione statutaria impropria

ne dei soci<sup>6</sup>, occorre innanzitutto rilevare che, nonostante il legislatore si riferisca esclusivamente alle clausole di prelazione, dovrebbe farsi riferimento genericamente alle clausole limitative del trasferimento delle partecipazioni, posto che altrimenti si impedirebbe al socio pubblico di avvalersi delle altre eventuali clausole della medesima natura (*i.e.*: le clausole di gradimento), con grave nocumento dei principi generali di parità di trattamento e di tendenziale indifferenza della proprietà pubblica o privata nell'esercizio dell'attività economica<sup>7</sup>, nonché in contrasto con quanto espressamente disposto dall'art. 1, c. 3 del TUSP.

La clausola di prelazione, com'è noto, costituisce uno degli strumenti attraverso cui i soci possono derogare al principio della libera trasferibilità delle partecipazioni sociali, siano esse rappresentate da azioni (con l'eccezione delle azioni dematerializzate), ovvero da quote di società a responsabilità limitata, secondo quanto previsto rispettivamente dagli artt. 2355-*bis* e 2469 c.c.<sup>8</sup>.

## 2. L'interpretazione "combinatoria" nella conciliazione della clausola di prelazione con le procedure di evidenza pubblica

La prima impostazione emersa con riferimento ai principi ed alle procedure da seguire nel trasferimento delle partecipazioni societarie attua una sorta di "contemperamento-combinazione" tra i principi fondamentali di pubblicità, di trasparenza e di non discriminazione – posti a presidio di qualsiasi ordinario procedimento di alienazione di partecipazioni sociali nell'ambito di società a partecipazione pubblica (previsti nel primo periodo del c. 2 dell'art. 10 del TUSP) – e la clausola di prelazione eventualmente prevista dalla legge o inserita nello statuto societario, consentendo l'effettiva operatività della prelazione soltanto a seguito del previo esperimento della procedura ad evidenza pubblica di alienazione.

Siffatta interpretazione, oltre ad essere suffragata dal dato normativo, posto che la clausola di salvezza si inserisce nell'ambito di una disposizione che impone quale regola-base l'esperimento di una procedura competi-

<sup>6</sup> Per approfondimenti circa la varietà dei possibili assetti statutari e la conciliazione delle clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie, si v. le considerazioni svolte sempre da V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 384 ss., con particolare riferimento alla c.d. clausola di gradimento.

<sup>7</sup> V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 379 e 382.

<sup>8</sup> Per approfondimenti circa il diritto di prelazione, si v. V. Meli, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1991.

va<sup>9</sup>, risulterebbe anche coerente con i principi di libera concorrenza e di economicità che accompagnano ed ispirano l'intero complesso normativo dedicato alle società a partecipazione pubblica, nel rispetto della *ratio* posta alla base della legge delega da cui ha avuto origine il TUSP<sup>10</sup>.

Risulta infatti ormai un dato acquisito che, nella logica del rispetto dei principi di concorrenza ed economicità imposti dal legislatore delegato, la pubblica amministrazione, al fine di perseguire effettivamente l'interesse pubblico – anche attraverso lo strumento societario<sup>11</sup> –, debba collocarsi in una posizione equidistante rispetto agli interessi in gioco, consentendo a tutti gli operatori economici coinvolti di conoscere le informazioni necessarie alle operazioni di mercato, senza che sussistano ipotesi di discriminazione<sup>12</sup>. Ciò, infatti, risulterebbe funzionale al conseguimento non solo di un risparmio in termini di risorse economiche, ma consentirebbe anche l'effettiva individuazione del miglior contraente.

Secondo l'impostazione indicata, il richiamo posto dall'art. 10 TUSP ai principi eurounitari di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, impone alle p.a., ai fini dell'alienazione della partecipazione detenuta, di seguire

<sup>9</sup> Si riconosce comunque un certo margine di discrezionalità alle amministrazioni alienanti, per stabilire le concrete caratteristiche della procedura ad evidenza pubblica, al fine di adattarla alle esigenze del caso concreto. Si v. A. Maltoni e G. Mattioli, *Le privatizzazioni*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2018, spec. 603 ss.

<sup>10</sup> Cfr. art. 18, l. n. 124/2015, con particolare riferimento al c. 1, in base al quale: «Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza [...]» ed ancora, c. 1, lett. b) «ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere» e lett. m), con riferimento alle società partecipate dagli enti locali.

<sup>11</sup> Nei limiti fissati dall'art. 4, d.lgs. n. 175/2016. Per approfondimenti in merito si v. A. Maltoni, *Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2019, 179-209.

<sup>12</sup> Cfr. C. giust. UE, 16 maggio 2002, nella causa C-482/99, *Francia c. Commissione*, c.d. *Stardust*, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), con cui si afferma, seppure con riferimento allo specifico tema degli aiuti di stato, il necessario rispetto da parte dello Stato del generale principio del *market economy operator*, in base al quale lo Stato deve adottare il comportamento tipico di un investitore avveduto in un'economia di mercato.

## la clausola di prelazione statutaria impropria

una procedura di evidenza pubblica nel rispetto del principio di libera concorrenza, nonché del principio di economicità<sup>13</sup>.

Tuttavia, mentre la “combinazione” tra la clausola di prelazione e l’esperimento di procedure ad evidenza pubblica risulta praticabile senza particolari difficoltà nelle ipotesi di prelazione c.d. propria, diversamente, invece, deve riconoscersi con riguardo alle ipotesi di prelazione c.d. impropria, che escludono *in nuce* la possibilità di un confronto competitivo, a meno che, nessuno dei soci – come par ovvio – decida di non esercitare la prelazione.

Se, infatti, la prelazione propria impone al socio alienante, a parità di condizioni che siano predeterminate all’esito di una procedura competitiva, di preferire i soci in luogo di eventuali terzi acquirenti; diversamente, invece, la prelazione impropria prevede che le condizioni economiche della cessione siano già state predeterminate o siano determinabili sulla base di criteri prefissati, senza che sia possibile attuare un confronto competitivo tra i possibili acquirenti con riferimento al valore di acquisto della partecipazione<sup>14</sup>.

Per tale ragione, secondo l’orientamento espresso dal Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, anche successivamente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016, le clausole di prelazione impropria sono da ritenere affette da nullità (o quanto meno inopponibili alla p.a.<sup>15</sup>), in quanto risultano incompatibili con i principi di matrice eurounitaria di ordine pubblico economico che prevedono l’espletamento di una procedura ad evidenza pubblica in caso di alienazione di partecipazioni sociali.

A mente, infatti, dell’art. 101 TFUE devono essere evitate tutte quelle pratiche idonee a falsare o restringere la concorrenza ed il confronto competitivo, nel rispetto del generale principio della tutela della concorrenza, che implica l’eliminazione delle barriere che precludono l’apertura dei

<sup>13</sup> F Freni, a commento dell’art. 10 d.lgs. n. 175/2016, nell’ambito del *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 275 ss., spec. 293 ss.

<sup>14</sup> Con riferimento alla disciplina della prelazione statutaria, cfr. artt. 2355-*bis* e 2469 c.c. Si precisa, per completezza, che l’espressione prelazione impropria viene utilizzata secondo due diverse accezioni: l’una afferente al valore di acquisto; l’altra afferente alla natura dei negozi compresi nell’ambito di operatività. L’una e l’altra, comunque, riferite al corrispettivo a cui i soci sono tenuti per acquistare le partecipazioni del cedente. Per approfondimenti si v. L. Stanghellini, *Limiti alla circolazione delle azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, Egea, 2008, 559 ss.; si v. anche A. Tucci, *Limiti alla circolazione delle azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, I, Torino, UTET, 2006, 622.

<sup>15</sup> Cfr. Orientamento n. 68/2018 dell’Osservatorio Società del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, in [www.consigionotarilefirenze.it](http://www.consigionotarilefirenze.it).

mercati e, soprattutto, la rimozione delle restrizioni che impediscono la *par condicio* degli operatori concorrenti<sup>16</sup>.

Ciò anche con riferimento ai contratti attivi della pubblica amministrazione, ovvero a quei contratti che comportano un'entrata per l'amministrazione (come le ipotesi di compravendita delle partecipazioni societarie), per i quali sussiste oggi un obbligo di rispetto dei principi di economicità, trasparenza, imparzialità e pubblicità, ai sensi di quanto disposto dall'art. 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50<sup>17</sup>.

In tal senso si è espresso, in un primo momento, anche il Consiglio di Stato, il quale, riferendosi ad un caso di alienazione antecedente all'adozione del TUSP, ha ritenuto che il principio generale e cogente relativo al confronto competitivo «non può ritenersi limitato – in senso, per così

<sup>16</sup> La tutela della concorrenza è stata, sin dall'inizio, tra gli obiettivi fondamentali della Comunità europea ed ha messo in discussione la lettura dell'art. 41 Cost. come in grado di delineare un sistema ad economia mista e dunque con forte presenza pubblica nelle attività economiche, così F. Merusi, *Quando la legalità cambia: la legalità dell'impresa pubblica fra passato delle imprese statali e incerto futuro delle imprese degli enti locali*, in *La legalità amministrativa tra passato e futuro. Vicende italiane*, a cura di F. Merusi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 200 ss. Per approfondimenti in materia di tutela della concorrenza, si v. A. Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, UTET, 2007. Un ruolo centrale è stato assunto dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia, che hanno seguito il modello della scuola tedesca, degli ordoliberali di Friburgo (i quali ritengono che il mercato sia una istituzione con finalità e mezzi propri, che necessita del controllo incisivo e permanente di apparati amministrativi specializzati, in grado di esercitare un compito tecnico-amministrativo, al fine di combattere i poteri privati che spontaneamente si formano nella realtà economica), imponendo norme di concorrenza europee caratterizzate da due divieti: delle intese anticoncorrenziali e degli abusi di posizione dominante; si v. ancora M. Libertini, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, III, Milano, Giuffrè, 217 ss. Per la discussione delle teorie della scuola di Friburgo, M. Foucault, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-76*, Paris, 1997, trad. it. Milano, Feltrinelli, 2009. La distinzione tra «concorrenza nel mercato», ovvero l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese, e la «concorrenza per il mercato», ovvero l'affermazione della regola dell'affidamento della gestione del servizio mediante gara, a seguito della quale l'operatore esercita il servizio in regime di monopolio legale – quali misure ascrivibili alla tutela della concorrenza, come riconosciuto dalla stessa C. cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. cost.*, 2007, 4447 ss. – risale agli anni Sessanta. Per approfondimenti, si v. H. Demesetz, *Why regulate utilities?*, in *Journal of Law and Economics* (1968), 55 ss.

<sup>17</sup> Significativa, rispetto alla precedente disciplina del codice de Lise (d.lgs. n. 163/2006) è la previsione contenuta nell'art. 4 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), in base alla quale «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica».

## la clausola di prelazione statutaria impropria

dire, ‘statico’ – al solo momento della costituzione della società mista, ma deve ritenersi altresì esteso alle ipotesi (quale quella che qui ricorre) in cui venga in rilievo l’alienazione di partecipazioni sociali detenute da un’amministrazione pubblica [...] (posto che) l’obbligo di rispettare la regola dell’evidenza pubblica per l’alienazione delle quote sociali detenute in una società mista risponde a un principio di ordine pubblico economico (anche di matrice eurounitaria) presiedendo al rispetto degli altrettanto generali principi di concorrenza, parità di trattamento e di non discriminazione fra i potenziali concorrenti<sup>18</sup>».

Ed ancora, con riguardo ad un’ipotesi in cui la dismissione dell’intera partecipazione detenuta da un ente locale in una società mista di trasporto pubblico era avvenuta in presenza di una clausola di prelazione prevista dallo statuto sociale, il Consiglio di Stato ha altresì valorizzato l’art. 1, d.l. 31 maggio 1994, n. 332 come espressione di una regola (valevole per tutte le società a partecipazione pubblica, anche di natura non statale)<sup>19</sup>, secondo cui la dismissione di quote azionarie pubbliche, pur non essendo soggetta alle norme sull’evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un’operazione che l’ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche<sup>20</sup>, dovrebbe comunque attenersi ai generali principi di trasparenza e non discriminazione<sup>21</sup>.

Ciò si traduce, nella sostanza, nella necessità di osservare obblighi pro-

<sup>18</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 28 settembre 2016, n. 4014, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che aveva dichiarato la nullità della clausola di prelazione prevista anche a favore di soci privati per contrasto con i principi generali di ordine pubblico economico che impongono la messa a gara delle partecipazioni nell’ambito delle società miste.

<sup>19</sup> Cfr. art. 1, c. 2, d.l. 31 maggio 1994, n. 332, secondo il quale «l’alienazione delle partecipazioni [...] [dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni] è effettuata con modalità trasparenti e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell’azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali».

<sup>20</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 24 aprile 2017, n. 1894, secondo cui tale impostazione deriverebbe dal fatto che dismettendo l’intera partecipazione sociale detenuta, il socio pubblico «si ritrae completamente dalla vicenda, lasciandovi solo soggetti privati, per cui non si pongono problemi di selezione pubblicistica di un socio destinato ad usufruire della collaborazione privilegiata con il soggetto pubblico». In senso conforme si v. Cons. St., 26 ottobre 2018, n. 6088; TAR Sardegna, 7 aprile 2017, 244.

<sup>21</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, sent. n. 1894/2017, cit., secondo cui, inoltre, in ragione dell’oggetto principale della lite, ovvero «la validità di un atto negoziale (la clausola statutaria che prevede il diritto di prelazione) e il conseguente legittimo esercizio di un diritto soggettivo (il diritto di prelazione)», la cognizione della controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario. In tema di riparto di giurisdizione con riguardo alla dismissione di partecipazioni pubbliche in società miste, si v. Cons. St., sez. V, 22 giugno 2020, n. 3969 e 12 dicembre 2018, n. 7030.

cedurali riconducibili al modulo dell'evidenza pubblica, da intendersi quale regola generale<sup>22</sup>.

Pertanto, secondo questo primo orientamento, una clausola che attribuisca genericamente un indifferenziato diritto di prelazione (anche) in favore dei soci privati, in assenza del previo necessario esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, dovrebbe ritenersi affetta da nullità assoluta, in ragione anche di quanto disposto dall'art. 5, c. 9, d.lgs. n. 50/2016, che, come peraltro già previsto dal precedente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>23</sup>, prevede che nei casi in cui le norme consentano la costituzione di società «per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica».

Si dovrebbe, pertanto, ritenere desumibile dalla suddetta disposizione codicistica – poi riproposta nell'art. 17, c. 1, TUSP – un principio generale, perdurante anche dopo il momento costitutivo della società, applicabile anche ai casi di alienazione successiva di quote societarie da parte della pubblica amministrazione.

Di conseguenza, le clausole di prelazione improprie, in quanto inserite nell'ambito del sopra richiamato sistema, improntato ad una chiara preferenza per un regime di concorrenza (cfr. artt. 1, 5, 7, 8 e 10, d.lgs. n. 175/2016), nonché ad una riduzione e razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche in ambito societario<sup>24</sup> (cfr. artt. 20, 21 e 24, d.lgs. n. 175/2016), sono state considerate nulle, ravvisando l'incompatibilità di detti principi pubblicistici con quello dell'autonomia negoziale privata di cui costituiscono espressione le clausole statutarie<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> La mitigazione di tale regola potrebbe avvenire soltanto nell'ipotesi di dismissione totale della partecipazione da parte del soggetto pubblico, richiedendosi in tale specifico caso soltanto il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e non già di pubblicità. Si v. anche da ultimo TAR Lazio, 12 aprile 2021, n. 4266, concernente l'acquisto di partecipazioni societarie di Invitalia s.p.a., espressamente disciplinato dalla l. n. 296/2006, art. 1, c. 460 e 461.

<sup>23</sup> Cfr. art. 1, c. 2, d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che «nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica».

<sup>24</sup> Cfr. art. 18, l. n. 124/2015.

<sup>25</sup> Per completezza si riporta anche l'interpretazione secondo la quale, data la natura imperativa dell'art. 10 TUSP, la clausola di prelazione impropria inserita nello statuto di una società a partecipazione pubblica dovrebbe essere considerata nulla nei confronti dei soli soci privati, interpretazione che non appare condivisibile in quanto determinerebbe un'irrimediabile disparità di trattamento dei soci in ragione della loro qualità pubblica o privata. Sul punto si rimanda alle considerazioni espresse dal Cons. St., sez. V, sent. 14 ottobre 2020 n. 6222, par. 7.4.5.

## la clausola di prelazione statutaria impropria

Tale indirizzo, che potremmo definire di tipo “combinatorio” in senso pro-concorrenziale<sup>26</sup>, non ha tuttavia trovato conferma nella successiva giurisprudenza del giudice amministrativo. Con una recente pronuncia del 14 ottobre 2020, n. 6222, infatti, il Consiglio di Stato, in modo antitetico rispetto a quanto aveva precedentemente affermato, ha riconosciuto che anche nelle società a partecipazione pubblica la libera circolazione delle partecipazioni può essere limitata dall'autonomia privata in base ad una clausola statutaria di prelazione impropria, che esime dal procedere all'indizione di una procedura pubblicistica.

### 3. La giurisprudenza “normativa”<sup>27</sup> nell'affermazione del primato del diritto comune a fronte della prelazione statutaria impropria

Nell'ambito di una pronuncia resa recentemente dal Consiglio di Stato, riguardante un'ipotesi di alienazione di una partecipazione pubblica in una società operante nel mercato del gas e dell'energia elettrica<sup>28</sup>, la clausola di

<sup>26</sup> In merito, si richiama quanto esposto in precedenza, circa la “combinazione” tra la clausola di prelazione ed il procedimento ad evidenza pubblica, secondo un regime rispettoso dei principi europei e costituzionali di pubblicità, di trasparenza, di parità di trattamento e di libera concorrenza. Occorre poi dar conto dell'orientamento n. 68/2018 dell'Osservatorio Società del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, cit., secondo cui: «Sarà pertanto opportuno che lo statuto affianchi alla disciplina “ordinaria” della prelazione quella relativa al trasferimento delle partecipazioni mediante procedure ad evidenza pubblica prevedendo in tal caso: i) che il diritto di prelazione possa essere esercitato al prezzo della proposta di aggiudicazione; ii) che il socio alienante debba dare avviso all'organo amministrativo dell'avvio della procedura ad evidenza pubblica entro un determinato termine dalla pubblicazione del bando; iii) che il bando e comunque gli atti di gara segnalino l'esistenza del diritto di prelazione spettante agli altri soci; iv) l'obbligo per il socio alienante di dare notizia dell'intervenuta proposta di aggiudicazione all'organo amministrativo il quale provvederà a darne informazione agli altri soci affinché possano esercitare il diritto di prelazione. Pare inoltre opportuno precisare che l'aggiudicazione verrà effettuata all'esito dell'esercizio del diritto di prelazione o dell'inutile decorso del termine per l'esercizio di tale diritto».

<sup>27</sup> Si v. G. Morbidelli, *Introduzione*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 19.

<sup>28</sup> Con riferimento alla possibilità o meno per una p.a. di mantenere o acquistare quote di partecipazione in società che operano nel mercato della vendita del gas naturale e dell'energia elettrica, ai sensi di quanto disposto dall'art. 4, c. 9-bis, d.lgs. n. 175/2016, purtroppo, il Consiglio di Stato non si pronuncia, ritenendo (del tutto inaspettatamente, in considerazione della fattispecie in esame) che l'eventuale violazione dell'obbligo dei comuni appellati di dismettere le partecipazioni detenute in ottemperanza al vincolo di scopo posto dall'art. 4, c. 1, d.lgs. n. 175/2016 sia una questione estranea al giudizio. In merito si v. il precedente della medesima sezione, Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578, nell'ambito della quale si pun-

prelazione impropria, contenente un c.d. vincolo di prezzo – in base al quale la determinazione del prezzo di acquisto in prelazione sarebbe avvenuto secondo metodi e criteri obiettivi prefissati da un esperto, sulla base della situazione patrimoniale della società al momento della cessione, e non mediante il mero riferimento alle offerte effettive di mercato – è stata ritenuta pienamente efficace, nonostante la previsione di cui all’art. 10, c. 2, primo periodo del TUSP non sembrerebbe ammetterla.

Nel confermare la sentenza resa in primo grado dal TAR per il Veneto<sup>29</sup>, con cui si annullava, tra gli altri atti, il bando per la cessione delle quote, che stabiliva che l’esercizio della prelazione sarebbe stato possibile solo una volta individuata la migliore offerta e disposta l’aggiudicazione provvisoria sulla base di un prezzo di acquisto delle quote da alienare fissato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica e dunque in maniera difforme rispetto a quanto testualmente previsto dalla clausola statutaria, il Consiglio di Stato ha di fatto sconfessato il precedente consolidato orientamento, che abbiamo definito pro-concorrenziale.

Alla base del ragionamento del Consiglio di Stato si ravvisa l’annoso tema della compatibilità tra attività di impresa con scopo lucrativo e perseguimento dell’interesse pubblico<sup>30</sup>, posto che, secondo la sezione quinta, la clausola di prelazione si porrebbe come una barriera protettiva<sup>31</sup> «non soltanto all’ingresso dei terzi estranei, come è per una società di diritto comune, ma anche, per quanto indirettamente, all’ingresso di un interesse estraneo e potenzialmente confliggente con gli interessi pubblici perseguiti con tale mezzo dai soci pubblici e sintetizzati nella costituzione della società e nella partecipazione pubblica ad essa quale strumento indiretto per realizzare obiettivi di interesse pubblico»<sup>32</sup>.

Sempre seguendo il ragionamento del Consiglio di Stato, la decisione di ordine politico amministrativo di conservare o mantenere una partecipazione societaria – a fronte della decisione opposta da parte del soggetto alienante – «potrebbe venire esposta a pericolo se, in concreto, il prezzo e le

tualizza che il mantenimento delle partecipazioni in società aventi carattere commerciale è consentito alle pp.aa. solo a condizione che queste ultime abbiano il controllo della *governance* della società e siano dunque in grado di orientarne gli indirizzi strategici alla piena soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento.

<sup>29</sup> Cfr. TAR Veneto, sez. I, 1° luglio 2020, n. 569.

<sup>30</sup> Si v. in merito N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 2003, 162.

<sup>31</sup> Inevitabile è il paragone con le c.d. misure di salvaguardia rappresentate dalle *golden shares* in occasione delle privatizzazioni sostanziali, per approfondimenti in merito si v. A. Daidone, *Il golden power*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 518 ss.

<sup>32</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, n. 6222/2020, par. 7.4.2.

## la clausola di prelazione statutaria impropria

condizioni della prelazione fossero senz'altro rimesse al mercato ovvero ad una procedura d'asta aperta alle offerte private»<sup>33</sup>.

In tal caso, sempre secondo la ricostruzione del Supremo Collegio, «i soci pubblici infatti si troverebbero nell'evidente difficoltà di dover finanziariamente competere con investitori privati, naturalmente orientati al lucro e non alla cura di interessi pubblici, e a tal fine sarebbero chiamati a significativi esborsi di denaro pubblico per risultare vincitori nella contesa al fine di mantenere l'originario equilibrio tra pubblico e privato»<sup>34</sup>.

Secondo siffatta impostazione, l'interesse del socio alienante di conseguire un maggior ricavo economico dalla vendita delle proprie partecipazioni deve considerarsi recessivo rispetto all'interesse dei restanti soci di poter mantenere il controllo della società contrastando ingressi potenzialmente squilibranti la stessa presenza pubblica.

Ciò indipendentemente dalla natura pubblica o privata dei soci non alienanti, come ha cura di specificare lo stesso Consiglio di Stato. Il Supremo Collegio, affrontando incidentalmente un tema che esula dal caso *ante atrium* – dove il diritto di prelazione era fatto valere dai soci pubblici<sup>35</sup> –, ha infatti precisato che l'ammissibilità della clausola di prelazione impropria deve essere riconosciuta anche nei confronti dei soci privati di una società a partecipazione pubblica<sup>36</sup>.

Siffatta interpretazione, secondo il Consiglio di Stato, troverebbe giustificazione nella semplice lettura della disciplina attualmente vigente, ovvero in base al tenore letterale delle disposizioni ed al noto brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: mentre, infatti, la precedente decisione della medesima sezione del Consiglio di Stato (sentenza n. 4016/2016, cit.), che si era espressa in termini ben diversi, concerneva una vicenda di aliena-

<sup>33</sup> Cfr. Cons. St., n. 6222/2020, par. 7.4.3.

<sup>34</sup> Cfr. Cons. St., n. 6222/2020, par. 7.4.3.

<sup>35</sup> Nel caso di specie, la violazione del diritto di prelazione impropria veniva fatto valere da due comuni che, oltre ad aver espresso la loro volontà di esercitare il diritto di prelazione al di fuori del meccanismo previsto dagli artt. 5, 7 e 8, d.lgs. n. 175/2016, non avrebbero comunque potuto, in ragione delle proprie quote di partecipazione societaria, acquisire una posizione di maggioranza mediante l'acquisto del diritto di prelazione (raggiungendo al massimo il 48 per cento delle quote sociali). Sul punto cfr. quanto affermato dal giudice di primo grado, TAR Veneto, sez. I, n. 569/2020, par. 1.5. e 1.6, che ritiene le suddette tematiche non attuali al giudizio, dovendosi dare precedenza al riscontro dell'inesistenza di «un'impossibilità oggettiva ed assoluta per i Comuni ricorrenti di esercitare un controllo della Società in modo congiunto con gli altri Comuni presenti nella compagine sociale nel momento in cui verrà eventualmente esercitato il diritto di prelazione».

<sup>36</sup> Superando così la prospettazione del giudice di primo grado, cfr. TAR Veneto, n. 569/2020, cit., par. 5.

zione precedente l'entrata in vigore del TUSP; oggi, invece, l'art. 10, c. 2 del medesimo decreto legislativo, applicabile al caso di specie, non si preoccupa di distinguere tra soci pubblici e privati.

Pertanto, la funzione propria della clausola di prelazione, «di preservare per quanto possibile l'assetto della compagine sociale», viene reputata, in base al tenore letterale della legge, dal supremo consesso della giustizia amministrativa, come meritevole di tutela ed altresì prevalente rispetto agli interessi concorrenziali, anche laddove sia prevista in favore dei soci privati.

Verrebbe in tal modo riconosciuta come prevalente la capacità di diritto privato propria di tutte le persone giuridiche, anche pubbliche, in ossequio al principio codificato dall'art. 1, c. 1-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241<sup>37</sup>, che fa il paio con quanto previsto, in materia di società a partecipazione pubblica, dall'art. 1, c. 3, d.lgs. n. 175/2016, in base al quale «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato»<sup>38</sup>.

#### **4. La “dialettica” tra le due posizioni contrapposte dell'invalidità e della validità della clausola statutaria di prelazione impropria: alcuni rilievi critici**

Esaminata la giurisprudenza che si era formata in tema di clausole di

<sup>37</sup> Il riferimento al principio secondo cui la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente, deve essere considerato insieme all'art. 11 c.c. ed alla sua parziale tacita abrogazione a seguito dell'adozione del TUSP. Per approfondimenti in tal senso si v. A. Maltoni, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, Giappichelli, 2016, 189 ss., spec. 218; si v. anche A. Maltoni, *Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, cit., 97 ss.

<sup>38</sup> In base a siffatta norma di chiusura, in mancanza di espresse scelte pubblicizzanti sia di fronte a dubbi o lacune, deve trovare ingresso e comunque prevalenza il codice civile, così G. Morbidelli, in commento all'art. 1, d.lgs. n. 175/2016, nell'ambito del *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 58. Cfr. anche Cons. St., sez. V, sent. n. 6142/2021, in *www.giustizia-amministrativa.it*, spec. § 6.2, secondo cui il richiamo alle fonti generali del diritto societario sintetizza un'opzione di politica legislativa confermativa della natura essenzialmente privatistica delle società a partecipazione pubblica – concezione già ampiamente radicata nell'impianto del codice civile – e si pone quale architrave della regolamentazione di settore, nel senso che, alla luce di un fondamentale canone di proporzionalità e di sussidiarietà, l'applicazione della disciplina pubblicistica deve trovare volta a volta fondamento a geometria variabile, in presenza di cogenti ragioni giustificative, normativamente codificate.

## la clausola di prelazione statutaria impropria

prelazione impropria, anche prima della recente pronuncia appena esaminata (Cons. St., sez. V, sent. n. 6222/2020)<sup>39</sup>, sembra ora possibile operare un confronto tra le due impostazioni indicate, al fine di trarre qualche spunto di riflessione (anche critica) circa la problematica coesistenza di aspetti privatistici e pubblicistici nella cessione di quote societarie detenute in società a partecipazione pubblica, al fine di verificare se e con quali modalità sia possibile conciliare la clausola statutaria di prelazione con le procedure ad evidenza pubblica.

L'interpretazione dell'art. 10, c. 2 TUSP resa da ultimo dal Consiglio di Stato risulterebbe ad un primo esame conforme al principio eurounitario di neutralità rispetto al regime di proprietà pubblica o privata delle imprese<sup>40</sup> e pertanto coerente con l'attribuzione di un carattere presuntivamente privatistico delle società a partecipazione pubblica, pur ove anche soggette ad un regime legale particolare<sup>41</sup>.

Parrebbe infatti prevalere, secondo l'impostazione del Consiglio di Stato, quanto disposto dall'art. 1, c. 3 del TUSP, in base al quale, in mancanza di espresse scelte pubblicizzanti, di fronte a dubbi o lacune, deve trovare ingresso e comunque prevalenza il codice civile.

<sup>39</sup> Si è deciso di prescindere, in questa sede, da un esame della decisione nell'ambito della fattispecie concreta e dell'oggetto del contendere, limitando l'esame della pronuncia alla sola parte relativa all'interpretazione della clausola di prelazione impropria, anche se, volendo scendere più nel dettaglio, appare a mio avviso criticabile, nel caso di specie, il mancato esame dell'eccezione pregiudiziale in ordine all'assenza in capo ai Comuni ricorrenti dei presupposti per la legittimazione e l'interesse a ricorrere, non essendo questi in grado di conseguire la maggioranza del capitale della società partecipata e dunque in grado di esercitare un effettivo controllo congiunto sulla società. Il possesso di siffatti requisiti, a mio avviso, si pone a monte della legittimità dell'esercizio del diritto di prelazione, riguardando la possibilità stessa, da parte dei Comuni, di acquisire (mediante aumento di capitale) o mantenere la partecipazione sociale in una società già costituita, ai sensi degli artt. 8, 7, 5 e 4, TUSP.

<sup>40</sup> Anche alle società pubbliche, infatti, si applica – secondo l'impostazione seguita dal Consiglio di Stato – il medesimo regime previsto per le società private, con riferimento alla validità delle clausole di prelazione statutarie improprie. Con riferimento all'indifferenza in via di principio del diritto dell'Unione europea rispetto alla natura pubblica o privata del titolare dell'attività d'impresa cfr. l'art. 345 TFUE, ai sensi del quale i trattati lasciano impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri, dovendosi intendere incluso in tale ampia formulazione anche il regime proprietario dell'impresa. Cfr. in tal senso anche C. giust. UE, sez. III, 22 dicembre 2010, in causa C-215/09, punto 31, in <https://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>41</sup> Come riconosciuto dalla stessa Cassazione civile, sez. un., nell'ambito della sentenza del 13 maggio 2013, n. 11417, con riferimento alla prevalenza, rispetto alle deroghe di carattere "pubblicistico", della disciplina del codice civile, da considerarsi quale disciplina di riferimento e prevalente, secondo la clausola del primato del diritto comune, già dettata dall'art. 4, c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135 e riportata all'art. 1, c. 3, TUSP.

Soccorrerebbe anche l'interpretazione letterale fondata sul brocardo latino *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (richiamato in sentenza<sup>42</sup>) in base al quale la mancata specificazione da parte del legislatore della tipologia di prelazione (propria ed impropria), impedirebbe all'interprete di operare una distinzione tra la clausola di prelazione la cui apposizione statutaria risulterebbe ammissibile e quella che, ove apposta, risulterebbe invece nulla.

In ragione di ciò, si riconosce prevalenza all'autonomia negoziale dei soci che hanno inteso, al momento costitutivo della società pubblico-privata, di limitare la circolazione delle partecipazioni societarie al fine di «contrastare ingressi potenzialmente squilibranti» la compagine societaria originaria e dunque in grado di alterare «la stessa presenza pubblica» nell'ambito della società.

Chiarita la tesi della validità della clausola di prelazione statutaria impropria e le argomentazioni che la supportano, non si può tuttavia fare a meno di evidenziare, in modo antitetico, che la soggezione delle società a partecipazione pubblica al codice civile, pur essendo aderente ai principi di economicità dell'azione amministrativa (art. 97, c. 1, Cost.) e coerente in via generale con la tutela della concorrenza – in quanto la prevalenza del diritto civile postula l'eliminazione dei regimi di esclusiva e la piena espansione della concorrenza nel mercato<sup>43</sup> –, deve tuttavia coordinarsi e/o combinarsi con il complesso quadro normativo in tema di società a partecipazione pubblica, che negli ultimi anni è diventato, come noto, sempre più articolato<sup>44</sup>.

Sono state infatti introdotte una serie di disposizioni di carattere “speciale”, dettate dalla necessità di assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, che hanno indotto il legislatore ad elaborare stringenti misure di contenimento e di controllo finanziario sulle società a partecipazione pubblica, individuate come soggetti che, pur avendo una veste giuridica privatistica, perseguono interessi generali o svolgono funzioni di natura pubblicistica e sono destinatarie di trasferimenti e sovvenzioni da parte dello Stato<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Seppure con riferimento all'*obiter dictum* relativo all'ammissibilità della apposizione della clausola di prelazione impropria anche in favore dei soci privati, cfr. Cons. St., n. 6222/2020, par. 7.4.7.

<sup>43</sup> Cfr. C. conti, sez. aut., *Gli organismi partecipati degli enti territoriali*, n. 24/2015, 31.

<sup>44</sup> Ragione per cui si è tentato di riordinare il frammentario quadro normativo nell'ambito della riforma c.d. Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124), con l'adozione del d.lgs. n. 175/2016, che, per alcuni versi, è stato adottato disattendendo i criteri e principi direttivi contenuti nella legge di delegazione. Per approfondimenti, con riferimento specifico alle società *in house*, si v. A. Maltoni, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. app.*, 2017, 7 ss.

<sup>45</sup> In questi termini si v. Servizio Studi Dipartimento Bilancio, Testo unico sulle società

## la clausola di prelazione statutaria impropria

Pertanto, anche volendo aderire all'interpretazione resa da ultimo dal Consiglio di Stato, del primato del diritto comune (ovvero della prevalenza dell'autonomia negoziale con cui si è dettata una clausola statutaria di prelazione impropria), sembra comunque permanere un interrogativo di fondo: può davvero sostenersi che l'*incipit* del comma 2 dell'art. 10 TUSP, nonché quanto disposto dagli artt. 8 e 7 del medesimo testo unico, non comportino l'espressione di una "scelta pubblicizzante"<sup>46</sup>, tale da derogare alla disciplina civilistica?

In secondo luogo, poi, può ritenersi prevalente, rispetto al tenore imperativo di cui alla prima parte dell'art. 10 TUSP, una clausola di prelazione impropria di origine statutaria, ovvero derivante da un accordo negoziale tra le parti?

È noto, infatti, che le norme imperative, previste sulla base dell'esigenza di protezione di valori fondamentali della comunità giuridica – individuabili nel caso di specie nei principi di libera concorrenza, di trasparenza, di pubblicità –, non ammettano deroghe, neppure sulla base dell'accordo delle parti<sup>47</sup>.

Cercando di procedere con ordine nella ricostruzione dell'antitesi alla tesi sopra esposta, nel tentativo finale (se possibile) di addivenire ad una "sintesi", non si può fare a meno di rilevare come, già nella nota sentenza n. 10/2011 resa dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>48</sup>, gli atti di acquisto o di alienazione di una quota societaria venissero ricompresi entro lo schema del rapporto di presupposizione: ovvero, risultavano individuabili come atti amministrativi "prodromici" all'adozione da parte della società partecipata di atti negoziali, con conseguente riconduzione di detto schema al paradigma dei procedimenti di evidenza pubblica di affidamento di appalti pubblici.

a partecipazione pubblica – d.lgs. 175/2016, Atti del Governo n. 402/1, 13/09/2017, in [www.documenti.camera.it](http://www.documenti.camera.it).

<sup>46</sup> Così G. Morbidelli, in commento all'art. 1, d.lgs. n. 175/2016, cit., 58, il quale, riconoscendo l'estrema latitudine delle deroghe al codice civile, farebbe propendere per una risposta negativa all'interrogativo riportato nel testo. Il medesimo A., infatti, nel commento della clausola del primato del diritto comune, prevista dall'art. 1, c. 3, d.lgs. n. 175/2016, così si esprime: «è forse più corretto parlare di clausola residuale più che di norma di sistema».

<sup>47</sup> Risulterebbe per tale ragione meno problematico, a mio avviso, l'accoglimento della tesi con cui si afferma la prevalenza della clausola di prelazione impropria prevista dalla legge.

<sup>48</sup> Cfr. Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10. Per un commento di tale decisione, si v. M. Granieri, *Di università imprenditoriale, società "spin off" e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it*, 2011, 370 ss.; si v. anche A. Maltoni, *Gli atti "prodromici" delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle p.a.*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2013, 151 ss.

Siffatta qualificazione è stata poi confermata dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, che, avendo sottoposto al regime amministrativo gli atti indicati agli artt. 7-10, d.lgs. n. 175/2016, ha recepito l'impostazione pretoria sopra richiamata, con l'inevitabile conseguenza di attribuire rilevanza esterna alla deliberazione dell'amministrazione rivolta alla conclusione di un contratto di compravendita.

La delibera di cessione della quota societaria risulterebbe infatti assimilabile ad una determina a contrarre e pertanto soggetta ad oneri di analitica motivazione<sup>49</sup> in ordine sia alle ragioni ed alle finalità che giustificano tale scelta, sia alla sua convenienza economica.

Le medesime motivazioni, oltretutto, devono caratterizzare anche gli atti deliberativi di acquisizione di partecipazioni in società già costituite, partecipate da soggetti privati (*ex art. 8, d.lgs. n. 175/2016*), per le quali il Consiglio di Stato in sede consultiva aveva altresì auspicato che il legislatore prevedesse «procedure concorsuali da osservare una volta assunta la decisione di acquisto, al fine di evitare operazioni economiche sottratte a qualunque forma di controllo pubblico» o quantomeno un onere di motivazione, che in effetti è stato previsto, mediante il richiamo all'art. 7, c. 1 e 2 del medesimo testo unico<sup>50</sup>.

L'onere motivazionale dell'atto prodromico di alienazione delle partecipazioni societarie, rilevante anche sul piano della convenienza economica, troverebbe poi giustificazione anche in ragione del fatto che si tratta di una manifestazione di volontà preordinata alla stipula di un contratto attivo (contratto di compravendita *ex art. 1470 ss. c.c.*) escluso dall'ambito di applicazione oggettiva del codice dei contratti pubblici, ma ugualmente soggetto al rispetto dei principi del diritto europeo – come ricordato – di cui all'art. 4, d.lgs. n. 50/2016.

Proprio il richiamo ai principi del diritto europeo, di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica<sup>51</sup> rileva in senso “antitetico” rispetto all'impostazione seguita da ultimo dal Consiglio di Stato.

Come noto, infatti, i principi ricavabili dalla nostra Costituzione e dal confronto della stessa con i Trattati UE, riguardanti l'affermazione della libertà d'iniziativa economica privata, nonché di un'economia di mercato

<sup>49</sup> Cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 18 gennaio 2016, n. 15, con riferimento all'obbligo di motivazione della dismissione della partecipazione societaria.

<sup>50</sup> Cfr. Cons. St., comm. spec., parere 21 aprile 2016, n. 968, par. 7.

<sup>51</sup> Sulla valenza integrativa dei principi richiamati dall'art. 4, d.lgs. n. 50/2016 rispetto ai principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione richiamati dall'art. 10, c. 2, d.lgs. n. 175/2016, sia consentito il rinvio a A. Maltoni e G. Mattioli, *Le privatizzazioni*, cit., 603 ss.

## la clausola di prelazione statutaria impropria

possono subire limitazioni, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 41, 42 e 43 Cost., in relazione all'esigenza di garantire la sicurezza, la libertà e la dignità umana, nonché in vista della realizzazione di finalità di natura sociale o comunque di interesse generale<sup>52</sup>.

Tuttavia, la suddetta possibilità di porre limitazioni per finalità di interesse generale (la sentenza del Consiglio di Stato fa riferimento alla «cura indiretta di interessi delle collettività»<sup>53</sup>) è a sua volta oggetto di vincoli per effetto del processo di integrazione europea realizzato in attuazione dei principi posti dai Trattati europei.

Le argomentazioni poste a favore della ammissibilità della clausola statutaria impropria a favore dei soci pubblici, riportando in auge l'annoso tema dell'incompatibilità tra interesse pubblico e attività d'impresa<sup>54</sup> – ormai superabile attraverso il rispetto delle pre-condizioni per l'esistenza di una società a partecipazione pubblica individuate dalla stessa disciplina positiva (art. 4, c. 1 e 2 TUSP)<sup>55</sup> –, non sembrano tener conto delle suddette limitazioni.

A prendere forma, infatti, con la pronuncia del Consiglio di Stato, che ha tentato di far convivere regole tipiche di sistemi diversi<sup>56</sup>, formalizzando

<sup>52</sup> Per approfondimenti si v. M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. Amm.*, 2008, 121 ss.

<sup>53</sup> Cfr. Cons. St., n. 6222/2020, par. 7.4.4. Emerge fortemente, a mio avviso, in tale affermazione, lo scopo corporativo c.d. "puro", ovvero quell'interesse alla stabilità ed omogeneità del rapporto proporzionale di partecipazione tra i soci, proprio dell'istituto della prelazione.

<sup>54</sup> Per approfondimenti circa la compatibilità tra scopo lucrativo e interesse pubblico si v. F. D'Alessandro, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 34 ss. In merito alla coesistenza nelle società per azioni a partecipazione pubblica di una pluralità di interessi, si v. C. Angelici, *In tema di "socio pubblico"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, spec. 176-177.

<sup>55</sup> A. Maltoni, *Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici*, cit., spec. 206, secondo il quale, nell'individuazione delle suddette pre-condizioni per l'esistenza di una società a partecipazione pubblica dettate dal TUSP, che ha delineato un particolare modo di essere della comunione degli interessi dei soci nelle società a partecipazione pubblica, è insita l'esigenza di realizzare una forte penetrazione tra l'interesse sociale e l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione socia, in grado di impedire un uso dello strumento societario "distorto" perché contrario agli interessi pubblici. Si v. anche F. Fracchia, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 855 ss., spec. 886-887.

<sup>56</sup> In questo senso si deve leggere la qualifica di "normativo" adottata nel titolo del presente contributo nei confronti del giudice amministrativo. Si v. in merito le osservazioni di S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, spec. 17, secondo il quale nei principali ordinamenti occidentali «sono i giudici che stabiliscono quando e quali norme si applichino, quale ne sia la portata, a quali

le manifestazioni di volontà delle pubbliche amministrazioni socie, è una vera e propria «ibridazione del diritto privato e del diritto pubblico»<sup>57</sup> in senso derogatorio alle regole generali poste a tutela della concorrenza.

Militano, infatti, in senso contrario rispetto alla prospettazione della sezione quinta i generali criteri che dovrebbero regolare l'interpretazione delle disposizioni contenute nel testo unico, sia sotto il profilo letterale, sia sotto il profilo finalistico (dell'interpretazione teleologica), nonché sotto il profilo sistematico, relativo alla connessione tra le diverse disposizioni considerate nel contesto dell'ordinamento complessivo (interpretazione logico-sistematica).

Con riferimento alla interpretazione letterale e teleologica, si è già detto in apertura del presente scritto, come – in conformità all'impostazione finora maggioritaria<sup>58</sup> – l'inserimento della clausola di salvezza nell'ambito del comma 2 dell'art. 10, che fissa come regola-base l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, nonché la *ratio legis* specificata dal legislatore nell'ambito dell'art. 18 della legge delega (c.d. legge Madia)<sup>59</sup>, farebbero propendere per un'interpretazione di “contemperamento o combinatoria” tra il generale principio di tutela della concorrenza ed il principio di autonomia negoziale, dovendosi ammettere soltanto l'ipotesi di esercizio della

principi fare ricorso in assenza di norme espresse, come ordinare principi e norme, e così via, operando come regolatori di secondo grado».

<sup>57</sup> Si v. M.S. Giannini, *L'amministrazione pubblica dello stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1988.

<sup>58</sup> Si v. in merito quanto ricostruito da F. Freni, a commento dell'art. 10, d.lgs. n. 175/2016, nell'ambito del *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., 275 ss., spec. 293 ss.; H. Bonura, *L'alienazione delle partecipazioni pubbliche*, in R. Garofoli e A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, Nel diritto, 2018, 263-281. Anche prima dell'introduzione di una disposizione normativa in tale senso, si riconosceva l'opportunità, nei processi di dismissione delle partecipazioni pubbliche, di selezionare gli acquirenti con una procedura aperta e trasparente, fondata su criteri oggettivi e non discriminatori. In tal senso si v. F. Bonelli, M. Roli, *Procedure di privatizzazione e clausole di prelazione*, in *Giur. comm.*, 2001, 257 ss., spec. 258.

<sup>59</sup> Cfr. art. 18, l. n. 124/2015. Significativo, in tale senso, è il *trend* limitativo della capacità delle amministrazioni regionali e locali di istituire società, oggetto di diverse leggi finanziarie (a partire dall'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248), poi culminato nella c.d. riforma Madia, che ha codificato le ipotesi limitative e di sottoposizione delle società a regole di *governance* ulteriori rispetto a quelle di diritto comune. Significativa in tal senso è l'espressione utilizzata da G. Morbidelli, *Introduzione*, cit., 10, che si riferisce alla disciplina del TusP, come una «legislazione di imbrigliamento dell'attività e dell'organizzazione delle società pubbliche», con finalità multiple, tra le quali appunto, anche quelle di tutela della concorrenza, per evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali (cfr. C. cost., 1° agosto 2008, n. 326).

## la clausola di prelazione statutaria impropria

prelazione statutaria propria (o della prelazione prevista dalla legge, sia propria che impropria)<sup>60</sup>.

Ove infatti si decidesse di accogliere una “giustificazione generale” della validità delle clausole di prelazione statutaria impropria, fondata sulla necessità di evitare l’ingresso di un socio «capace della migliore offerta finanziaria, dunque presumibilmente orientato al maggior profitto anziché alla cura diretta di interessi della collettività», si legittimerebbero “barriere protettive” o “misure di salvaguardia” che potrebbero risultare in contrasto con le disposizioni europee, relative al diritto di stabilimento, alla libera prestazione dei servizi ed alla libera circolazione dei capitali, ove non conformi al principio di proporzionalità e ragionevolezza<sup>61</sup>.

Considerazioni analoghe, seppure appartenenti ad un ambito completamente distinto ed a fronte dell’esperimento di una previa procedura ad evidenza pubblica, sono state svolte recentemente dalla stessa Corte di Giustizia europea con riferimento al diritto di prelazione incondizionato in favore dei dipendenti di una farmacia in caso di cessione di questa mediante gara: pur riconoscendo il diritto di prelazione incondizionato dei farmacisti dipendenti come una misura contraria all’art. 49 TFUE, la Corte ha inteso comunque valutare se siffatta misura restrittiva perseguisse o meno un obiettivo legittimo<sup>62</sup>.

A fronte della previsione di una clausola di prelazione statutaria impropria, pertanto, dovrebbe più propriamente valutarsi caso per caso se questa misura restrittiva possa considerarsi rispondente al canone di necessità – che impone di verificare se il mezzo prescelto sia indispensabile per il perseguimento dell’obiettivo di interesse generale – e a quello di proporzionalità, che presupporrebbe l’imposizione del minor sacrificio possibile all’operatore economico privato interessato ad acquisire la partecipazione societaria.

Risulta del tutto evidente come, proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, risulti difficile (o meglio, impossibile) parlare di “minor sacrificio possibile”, ovvero di limitazione “proporzionata”, laddove si eserciti la pre-

<sup>60</sup> In tal senso si v. P. Guida, *Le società pubbliche: problemi e possibili soluzioni relative alla circolazione delle partecipazioni*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò e A. Catricalà, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016, 423; F. Guerrera, *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010, 115; E. Manni, *Diritto di prelazione nelle società a partecipazione pubblica*, *Commento all’Orientamento n. 68 del 2018 dell’Ossevatorio Società del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato*, in *Orientamenti notarili commentati in materia di diritto societario*, a cura di A. Sacco Ginevri, *Quaderni DB*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>61</sup> Cfr. art. 106, c. 2, TFUE. Cfr. art. 15 dir. 2006/123/Ce.

<sup>62</sup> Cfr. C. giust. UE, sez. IV, sent. 19 dicembre 2019, C-465/18.

lazione impropria, dato che in tale ipotesi, come già specificato, si prescinde da qualsiasi confronto competitivo, con buona pace degli eventuali operatori economici privati interessati all'acquisto della partecipazione societaria.

Con riferimento dunque al profilo dell'interpretazione logico-sistematica della clausola di salvezza inerente alla prelazione, risulterebbe quantomeno ardua<sup>63</sup> la "graduazione" che parrebbe operare il Consiglio di Stato in merito alla prevalenza del principio del primato del diritto comune (art. 1, c. 3, d.lgs. n. 175/2016) rispetto ai generali principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione e concorsualità, che, come noto, innervano ed ispirano l'intero complesso normativo – prevalentemente rivolto a giuridicizzare le scelte più rilevanti del socio pubblico e soltanto in parte ad introdurre regole speciali in tema di società a partecipazione pubblica<sup>64</sup> – e che risultano richiamati nell'ambito del medesimo art. 10, c. 2 in esame<sup>65</sup>.

Non sembra nemmeno sufficiente a superare i limiti della suddetta "graduazione" il richiamo alla più recente giurisprudenza costituzionale in

<sup>63</sup> Non solo per il carattere innovativo, ma anche in ragione delle possibili ed eventuali interferenze, in questa sede solo prospettabili, tra il regime civilistico di valenza temporale delle clausole di prelazione e le possibili deroghe al regime privatistico previste dal TUSP (*i.e.*: art. 17, c. 4, d.lgs. n. 175/2016). Nonché in ragione delle possibili interferenze con i principi europei di libera circolazione dei capitali e di diritti di stabilimento: vengono in rilievo, in tal proposito, le considerazioni espresse in tema di scelte di privatizzazione nei singoli Stati membri. In particolare, con riferimento all'art. 345 TFUE, risultano essere "stimolanti" le considerazioni espresse dall'Avvocato generale Jääskinen del 16 aprile 2013, nelle cause riunite C-105/12, C-106/12 e C-107/12, § 46, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), secondo il quale, deve essere considerata una restrizione vietata dal Trattato «il trattamento privilegiato degli interessi pubblici nell'ambito di un regime del diritto di proprietà in via di principio privatistico». In merito, valgono le stesse considerazioni cui sono state sottoposte dalla giurisprudenza europea le *golden shares*. Per approfondimenti in merito, sia consentito rinviare a A. Maltoni e G. Mattioli, *Le privatizzazioni*, cit., 611 ss. e 617 ss.

<sup>64</sup> Art. 1, c. 2, d.lgs. n. 175/2016, secondo il quale: «Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica».

<sup>65</sup> Si precisa nuovamente che l'art. 10, c. 2 d.lgs. n. 175/2016 prevede un rapporto regola-eccezione in base al quale l'operazione di alienazione deve avvenire per mezzo di procedure competitive. Soltanto in ipotesi eccezionali, e purché siano soddisfatti stringenti oneri motivazionali, relativi alla convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, è ammessa la possibilità di ricorrere alla negoziazione diretta con un singolo acquirente. Per approfondimenti, cfr. le considerazioni critiche circa l'elasticità della clausola eccezionale contenute nel *Documento di analisi dell'Atto di governo 297 contenente lo Schema di decreto legislativo recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Audizione Commissioni Riunite del 24 maggio 2016, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

## la clausola di prelazione statutaria impropria

materia di concorrenza<sup>66</sup>, che consentirebbe di leggere la sentenza resa dal Consiglio di Stato secondo il criterio della c.d. *rule of reason*<sup>67</sup>.

Nell'accoglimento di siffatta ricostruzione si potrebbe infatti ritenere che la sezione quinta del Consiglio di Stato, soppesando gli effetti negativi (in termini di libera concorrenza ed economicità) e quelli positivi per la società ed i soci, derivanti dall'ammissibilità dell'apposizione di una clausola di prelazione statutaria impropria, abbia ritenuto prevalenti questi ultimi, ravvisabili in una coesione (o consolidazione) della compagine sociale in grado di garantire il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico posti alla base della costituzione e/o del mantenimento della partecipazione societaria.

L'interesse a preservare, per quanto possibile, l'assetto della compagine sociale già costituita, limitando la circolazione delle partecipazioni societarie, secondo tale impostazione, non si porrebbe in contrasto con i principi di trasparenza, di pubblicità, di non discriminazione, unitamente a quello di libera concorrenza, in quanto risponderebbe all'altrettanto rilevante interesse pubblico di mantenere un equilibrio tra pubblico e privato nell'assetto societario, che sia idoneo a garantire la cura indiretta di interessi delle col-

<sup>66</sup> Cfr. C. cost., 7 febbraio 2018, n. 47, con cui la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 83-bis, c. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 10 e 11, d.l. n. 112/2008 («Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»), conv. in l. n. 133/2008, con riferimento all'art. 41 Cost. Tali disposizioni prevedevano che, qualora il contratto di trasporto merci su strada non fosse stipulato in forma scritta, un corrispettivo minimo fosse dovuto al vettore. La questione viene respinta dalla Corte muovendo dalla previgente disciplina delle c.d. tariffe a forcella, che la precedente sentenza C. cost. n. 386/1996 aveva fatto salva, ritenendo che una determinazione pubblicistica delle tariffe rientrasse tra i legittimi limiti al principio di libertà di iniziativa economica, secondo l'orientamento consolidato in base al quale: «non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, come sancito dall'art. 41, c. 2, Cost., purché, per un verso, l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue». In questa cornice la Corte ha ritenuto che la previsione di un costo minimo costituisce un limite al di sotto del quale potrebbero venire compromessi i livelli di sicurezza nella circolazione stradale, in virtù di uno sfruttamento eccessivo delle risorse umane e materiali da parte delle imprese di trasporto. La previsione di «costi minimi», dunque, costituirebbe un legittimo strumento indiretto di tutela della sicurezza stradale.

<sup>67</sup> Definibile come un particolare *standard* per accertare la compatibilità di una determinata fattispecie, prendendone in considerazione tutte le circostanze attinenti, al fine di verificare se questa determini o meno una irragionevole limitazione della concorrenza. Con riferimento all'originaria elaborazione della *rule of reason* rileva il caso *Standard Oil* del 1911, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Per approfondimenti si v. P. Fattori e M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2004, 45.

lettività, piuttosto che esigenze di maggior profitto (compensando gli effetti negativi in tema di libera concorrenza).

Occorre però rilevare un dato critico: nelle altre ipotesi in cui la disciplina del Tusp ha inteso “potenziare” la posizione del socio pubblico, la medesima l’ha fatto attraverso un meccanismo opposto rispetto a quello applicato nel caso di specie, ovvero inserendo deroghe a quanto previsto dal codice civile (significative risultano al proposito le possibili deroghe alla disciplina del codice civile, previste dall’art. 17, c. 4, d.lgs. n. 175/2016, riguardante le società miste).

Preme poi evidenziare un ulteriore aspetto problematico dell’impostazione in esame.

Il Consiglio di Stato, infatti, si è spinto oltre ed ha approfondito una questione che, seppure non di immediata rilevanza ai fini dell’oggetto del giudizio, viene comunque esaminata in quanto ritenuta consequenziale rispetto alle conclusioni esposte: ovvero, stabilisce che la clausola di prelazione statutaria impropria risulterebbe esercitabile anche a favore dei soci privati, ciò anche in ragione di quanto previsto dall’art. 7, c. 5 Tusp.

La scelta del socio privato mediante procedura ad evidenza pubblica non altererebbe, infatti, ma realizzerebbe la prevista ripartizione quantitativa tra pubblico e privato nella compagine sociale. La circostanza che ciò avvenga al momento genetico della società consentirebbe di ritenere ammissibile che al socio privato originario sia statutariamente data la possibilità per mezzo di apposita clausola di rafforzare in un momento successivo la sua posizione nella compagine, esercitando il diritto di prelazione anche senza sottoporsi alla competizione di mercato.

Seppur condivisibile sotto il profilo della parità di trattamento tra soci della medesima compagine e conforme al regime generale della nullità – posto che, come correttamente si rileva, la nullità non prevede un regime “frammentato” a seconda dei destinatari<sup>68</sup> –, siffatta conclusione, tuttavia, mal si concilia sia con l’interpretazione logico-sistematica delle disposizioni del Tusp, che sono rivolte prevalentemente a disciplinare le manifestazioni di volontà delle amministrazioni pubbliche socie ed, in misura marginale, le società a partecipazione pubblica, sia con il principio generale espresso dal già richiamato art. 5, c. 9, d.lgs. n. 50/2016 (richiamato dall’art. 17, c. 1, d.lgs. n. 175/2016)<sup>69</sup>.

Pertanto, in considerazione di quanto precede, risulterebbe a mio avviso dubbio rispondere in senso affermativo ai quesiti sopra evidenziati, cir-

<sup>68</sup> Cfr. Cons. St., n. 6222/2020, par. 7.4.5.

<sup>69</sup> Si rinvia a quanto espresso *sub* § 2.

## la clausola di prelazione statutaria impropria

ca la possibile prevalenza delle clausole di prelazione statutarie rispetto al tenore imperativo di cui alla prima parte dell'art. 10 del TUSP e l'effettiva possibilità di esercitare la prelazione impropria in assenza dell'esperimento di una procedura selettiva.

Non sembrerebbe oltretutto possibile addivenire ad una lettura di "sintesi", rispetto alle due differenti impostazioni finora esaminate, che possa correttamente conciliare gli aspetti di carattere pubblicistico e privatistico in tema di cessione delle quote societarie di società a partecipazione pubblica, a meno che non si ipotizzi un nuovo ulteriore intervento legislativo volto a ricercare una soluzione al latente conflitto tra le regole pubblicistiche e le ordinarie regole civilistiche che regolano il funzionamento delle società a partecipazione pubblica e diretto a conciliare il meccanismo della prelazione statutaria impropria con il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

Considerato infatti, che l'art. 10, d.lgs. n. 175/2016 si inserisce nell'ambito di una disciplina volta a presidiare la tutela della concorrenza per il mercato e la logica della concorsualità (attraverso il richiamo espresso ai principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione, riconducibili direttamente all'art. 1 del medesimo decreto), insieme all'esigenza di razionalizzare e ridurre la spesa pubblica<sup>70</sup>, è da ritenere che la regola generale da rispettare nel caso di alienazione di partecipazioni sociali sia quella del ricorso a procedure di tipo selettivo<sup>71</sup>, anche qualora siano previste clausole statutarie recanti vincoli alla circolazione delle partecipazioni.

Pertanto, eventuali deroghe, derivanti dalle ipotesi in cui risulti impossibile la conciliazione delle clausole statutarie limitative del trasferimento con l'esperimento di procedure di evidenza pubblica (come nell'esaminato caso della prelazione impropria), per essere considerate valide, dovrebbero essere consentite in ipotesi limitate e supportate da una motivazione analitica.

<sup>70</sup> Cfr. art. 18, l. n. 124/2015.

<sup>71</sup> Cfr. C. Conti, Lombardia, sez. contr., n. 8/2019. Da ultimo, sembra accogliere siffatta impostazione, seppure con riferimento ad una vicenda societaria differente, la medesima V sezione del Consiglio di Stato che, nell'ambito della sent. n. 6142/2021, cit., spec. § 6.4., precisa in conclusione che: «riguardate dal punto di vista degli obblighi strumentali di evidenza pubblica, le operazioni straordinarie che, a vario titolo e in varia forma, coinvolgono società pubbliche, sono di per sé neutre: di tal che – sull'assunto che il principio concorrenziale opera, di suo, nella prospettiva funzionale dell'effetto utile e che il correlativo apparato precettivo va considerato di natura materiale e non formale – l'assoggettamento al regime interamente privatistico (ex art. 1, comma 3 TU) o l'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale dipende, in concreto, dall'accertamento degli effetti sostanziali perseguiti e divisi».

Se, infatti, si volesse evitare l'automatica decadenza delle clausole statutarie di prelazione impropria, rimettendo la valutazione sulla loro operatività ad un esame del caso concreto, l'unica soluzione parrebbe essere quella di un intervento legislativo volto a chiarirne la natura eccezionale, al pari di quanto specificamente indicato per le ipotesi di cessione diretta delle quote di partecipazione (art. 10, c. 2, secondo periodo, d.lgs. n. 175/2016), così da subordinarne l'applicazione ad un'analitica motivazione, sia sotto il profilo tecnico, che sotto quello economico.

Siffatto onere motivazionale – relativo alla convenienza economica dell'esercizio della clausola di prelazione statutaria impropria, recante congrue ed approfondite valutazioni circa la situazione economica e patrimoniale della società ed il vantaggio derivante dall'operazione per la comunità locale in termini di resa del servizio, valido a dimostrare anche l'interesse pubblico che si intenderebbe perseguire tenendo in debita considerazione il contesto economico, sociale e territoriale in cui opera la società –, potrebbe infatti costituire l'unica modalità idonea a garantire che la decisione di non fare ricorso al mercato, ritenendo dunque non necessario indire una procedura di evidenza pubblica<sup>72</sup> senza incorrere in eventuali ipotesi di responsabilità erariale<sup>73</sup>, risulti conforme al principio di proporzionalità.

### *Abstract*

*The clause formulated in paragraph 2 of art. 10 of the TUSP, regarding the right of pre-emption, posed the problem of verifying whether and in what terms the public tender procedures are compatible with this kind of statutory clauses, which not only affect the free circulation of shareholdings, but actually prevent a competitive comparison. A first “combinatorial” interpretation led to the belief that the statutory pre-emption clauses are inapplicable. This interpretation is now contradicted by a recent opposite jurisprudential orientation – which considers the pre-emption clauses, whether proper or improper, valid –, that constitutes an opportunity to re-examine, after the adoption of legislative decree no. 175/2016, the theme of public intervention in economy.*

<sup>72</sup> Cfr. art. 113, c. 12, d.lgs. n. 267/2006, secondo il quale: «L'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere».

<sup>73</sup> Cfr. C. conti, Veneto, n. 1375/2005. In merito, tuttavia, si v. la forte limitazione dei casi di responsabilità per danno erariale disposta dall'art. 21 del d.l. n. 76/2020.

# ARTICOLI

GABRIELE TORELLI

## LA SALVAGUARDIA DELLE ATTIVITÀ TRADIZIONALI NEI C.D. “LOCALI STORICI”

SOMMARIO: 1. L'inquadramento del tema: le complessità dei centri storici, i (noti) limiti agli insediamenti commerciali e la permanenza di un dubbio. – 2. La salvaguardia delle attività tradizionali nei centri storici e il vincolo in negativo stabilito *ex lege*. – 3. La destinazione specifica dei locali storici, la costruzione giurisprudenziale del vincolo in positivo e la tutela (indiretta) delle attività tradizionali *in se*. – 4. L'art. 52, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 42/2004: verso una conferma del vincolo in positivo per la tutela delle attività tradizionali *in se*? – 5. La protezione delle attività tradizionali nei regolamenti comunali. – 6. La salvaguardia del patrimonio immateriale nei locali storici tra microzonizzazione e un necessario compromesso. – 7. Le attività tradizionali tutelabili mediante apposizione del vincolo in positivo ai sensi dell'art. 52, c. 1-*bis*.

### **1. L'inquadramento del tema: le complessità dei centri storici, i (noti) limiti agli insediamenti commerciali e la permanenza di un dubbio**

In Italia, ancor più che altrove, i centri storici rappresentano un patrimonio di inestimabile valore culturale, perché costituiscono il prodotto di secoli di vita, aggregazione ed interazioni, al cui interno si è sedimentata e sviluppata la Storia del Paese<sup>1</sup>. La loro difesa a beneficio delle generazioni future va pensata all'interno di una strategia chiamata a mediare tra due estremi: la tutela dell'identità e l'inevitabile trasformazione di questi luoghi dovuta all'evoluzione della società, alla quale però si chiede di non perdere

<sup>1</sup> Descrive efficacemente il ruolo del centro delle «città», intese come «spazi densi» in cui si sono accumulati valori, risorse, nonché capitale cognitivo, sociale e istituzionale, G. Dematteis, *Introduzione*, in *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, 2011, Venezia, Marsilio, 7 ss., spec. 17 ss., il quale ricorda come le forze trainanti globali modifichino l'immagine e la concettualizzazione tradizionale delle città (ed in questa sede potremmo aggiungere dei centri storici in particolare). Più approfonditamente, sulle ragioni delle trasformazioni urbane tra XX e XXI secolo, G. Martinotti, *Dalla metropoli alla meta-città. Le trasformazioni urbane all'inizio del secolo XXI*, *ibidem*, 25 ss.

la memoria di quanto è stato, altrimenti, gradualmente ma inesorabilmente, «la città muore» e con essa la sua popolazione<sup>2</sup>.

Per questi motivi, da decenni i centri storici rappresentano un tema molto sentito in dottrina, che ne ha evidenziato, da un lato, le principali problematiche di carattere giuridico<sup>3</sup> e, dall'altro, le complessità sottese alla regolazione di un luogo che, sulla base degli insegnamenti della Carta di Gubbio, può definirsi «un monumento»<sup>4</sup>.

Più precisamente, per il giurista l'argomento non è agevole a causa di alcune rilevanti criticità.

Va per prima cosa ricordata la difficile individuazione dei confini del centro storico, complice la mancanza di una normativa organica a livello statale<sup>5</sup>, lacuna non colmata nemmeno dal codice Urbani, che dedica al tema fugaci richiami<sup>6</sup>. Per questa ragione, l'interesse dei legislatori regionali è parso apprezzabile: sennonché, a causa dei diversi contesti di riferimento, questi hanno offerto definizioni di centro storico piuttosto eterogenee, che hanno reso ancora più complessa la costruzione di una nozione unitaria<sup>7</sup>. Seppure le leggi regionali siano soprattutto orientate a considerare “centro storico” gli agglomerati che conservano nell'impianto urbanistico le testimonianze di una genesi remota, nonché di funzioni economico-sociali, politiche e culturali, non mancano normative in cui la nozione è essenzialmente ricondotta a luoghi al cui interno sia ubicata una significativa quantità di opere d'arte, o ancora leggi che invece basano la definizione sulla collocazione geografica definita dal piano urbanistico generale<sup>8</sup>. In altri casi ancora, i centri storici possono essere individuati anche al di fuori delle aree urbane, in zone limitrofe o circostanti, al fine di favorire interventi di riqualificazione e/o politiche di ripopolamento<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> S. Settis, *Se Venezia muore*, Torino, Einaudi, 2014.

<sup>3</sup> È doveroso il richiamo a G. D'Alessio, *I centri storici: aspetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1983; T. Alibrandi e P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, Giuffrè, 1985; U. Allegretti, *La questione «centri storici». Un bilancio ed alcune scelte*, in *Le Regioni*, 1987, 66 ss.

<sup>4</sup> L'espressione è ricorrente nella letteratura che si occupa del tema. Tra i vari scritti, si v. A. Angiuli, *La genesi urbanistica del centro storico: dalla “Carta di Gubbio” alle nuove problematiche del risanamento*, in *I centri storici tra norme e politiche. Gubbio, 6-7 giugno 2014*, in *Aedon*, 2015.

<sup>5</sup> C. Videtta, *I centri storici al crocevia tra disciplina dei beni culturali, disciplina del paesaggio e urbanistica: profili critici*, in *Aedon*, 2012, n. 3.

<sup>6</sup> Si tratta dell'art. 136, c. 1, lett. c).

<sup>7</sup> Sulla parcellizzazione della definizione di centro storico nelle leggi regionali, A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici: caratteri e tendenze*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 295 ss.

<sup>8</sup> *Id.*, *op. cit.*, 301 ss.

<sup>9</sup> A. Sau, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, *cit.*, 964-967, ricorda che questa impostazione è in armonia con la *ratio* di recuperare anche quei borghi di valore identitario, intesi come nuclei più antichi

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

Una seconda criticità riguarda la frammentazione delle competenze tra i livelli di governo, dovuta all'intreccio di plurimi interessi, da quelli culturali a quelli paesaggistici<sup>10</sup> (che possono determinare una tutela cumulativa delle aree vincolate)<sup>11</sup>, passando per quelli urbanistico-edilizi<sup>12</sup> e, finanche, economico-commerciali<sup>13</sup>, la cui convergenza rende estremamente difficoltoso il riparto dei poteri tra amministrazioni statali e periferiche<sup>14</sup>. In breve, il centro storico si pone come crocevia di funzioni, che a loro volta evocano competenze statali e regionali – sul piano normativo e amministrativo – ma anche locali, di carattere regolamentare e pianificatorio<sup>15</sup>.

Una terza criticità attiene, invece, al difficile rapporto tra il libero esercizio delle attività economiche in genere e la tutela delle attività commerciali

degli insediamenti antropici, che pure sono ubicati al di fuori delle strutture urbane; analoghe riflessioni sono svolte da A. Simonati, *La disciplina regionale dei centri storici*, cit., 303-304. Contra, P. Carpentieri, *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici*, cit., § 1, 3, in cui si legge che il centro storico sia frutto di una nozione empirica «corrispondente grosso modo ai nuclei cittadini più storicizzati, di regola inclusi entro la cinta muraria». Sulla eterogeneità delle definizioni di centro storico, anche L. Di Giovanni, *I centri storici quali critici punti di incontro degli interessi culturali e commerciali*, in *Ist. fed.*, 2018, 161 ss., spec. 162.

<sup>10</sup> Sulla contemporanea valenza culturale e paesaggistica dei centri storici, tra i tanti, C. Videtta, *I centri storici*, cit., spec. §. 3; S. Fantini, *Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale*, in *I centri storici tra norme e politiche*, cit., in *Aedon*, 2015; A. Sau, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Le Regioni*, 2016, 955 ss.

<sup>11</sup> Cfr. A. Sau, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., 976-977. Sulla cumulabilità della tutela storico-artistica (culturale) e paesaggistica nei centri storici, si v. anche le riflessioni di P. Carpentieri, *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica*, in *giustamm.it.*, 2014, n. 12, § 1.

<sup>12</sup> E.G. Scoca e D. D'Orsogna, *Centri storici, problema irrisolto*, in *La tutela dei centri storici. Discipline giuridiche*, a cura di G. Caia e G. Ghetti, Torino, Giappichelli, 1997, 39 ss., descrivono la traslazione del concetto di centro storico da un ambito prettamente culturale ad un settore (anche) urbanistico ed edilizio. Di recente, il tema è stato affrontato anche da E.N. Fragale, *Il problema dei centri storici tra le sfide poste dalla sharing economy e le nuove istanze di salvaguardia*, in questa *Rivista*, 2020, 549 ss., spec. 570 ss.

<sup>13</sup> P. Carpentieri, *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica*, cit., spec. § 3.

<sup>14</sup> A. Simonati, *Salvaguardia del patrimonio culturale immobiliare e ruolo degli enti locali: riflessioni alla luce della giurisprudenza recente del Consiglio di Stato*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 369 ss., ricorda infatti come a livello normativo spesso non siano chiare le competenze degli enti locali nelle materie (su tutte il commercio) che si intrecciano con la salvaguardia del patrimonio culturale, e dunque con i poteri delle soprintendenze.

<sup>15</sup> P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 190 ss., spec. 196 ss.

ed artigianali c.d. “tradizionali”<sup>16</sup>, ricordando che gli strumenti di pianificazione urbanistica pongono limiti all’insediamento delle prime per salvaguardare e valorizzare le seconde<sup>17</sup>, considerate parte del c.d. patrimonio culturale immateriale<sup>18</sup>. Certo, il problema delle restrizioni al commercio nel centro storico è noto da tempo<sup>19</sup>, ma si è acuito a seguito dell’avvio dei processi di liberalizzazione delle attività economiche, inaugurati con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (c.d. decreto Bersani), poi ripresi con la dir. 2006/123 (c.d. direttiva Bolkestein) recepita dal d.lgs. 2 marzo 2010, n. 59, ed infine confermati dalle politiche promosse dal governo Monti (d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 e d.l. 24 gennaio 2012, n. 1)<sup>20</sup>. Pertanto, è oggi incontestato che il piano urbanistico non possa più apporre limiti agli insediamenti commerciali secondo una logica protezionistica contraria alla concorrenza, ma possa comunque contenere gli effetti negativi della liberalizzazione nell’ottica

<sup>16</sup> Benché nel codice Urbani non si ravvisi una definizione specifica dell’espressione “attività tradizionali”, l’art. 52, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 42/2004, ed alcune leggi regionali in tema di disciplina del commercio nel centro storico (ad esempio, art. 1, l.rg. Emilia-Romagna, 10 marzo 2008, n. 5; artt. 148-*bis* ss., l.reg. Lombardia, 2 febbraio 2010, n. 6) consentono di individuare un significato più preciso, riferibile alle attività di artigianato e commercio al dettaglio che si contraddistinguono per il loro valore storico-artistico, ovvero per il prolungato esercizio nello stesso locale (spesso di particolare pregio), contribuendo alla costruzione dell’identità e della cultura del territorio. È proprio a questi concetti che si farà riferimento nel prosieguo utilizzando l’espressione «attività tradizionali».

<sup>17</sup> Sul rapporto tra liberalizzazione del commercio e limiti imposti attraverso gli strumenti urbanistici, con precipuo riferimento alla salvaguardia del centro storico, T. Bonetti, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 386 ss., spec. 405 ss.; sul tema anche E. Boscolo, *Libertà di svolgimento e dell’attività di commercio: limiti e condizioni all’insediamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 228 ss.; in precedenza, P. Bilancia, *La disciplina del commercio tra legislazione e attività pianificatoria*, in *Le Regioni*, 2005, 743 ss.

<sup>18</sup> Concetto introdotto da M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 20 ss.; sulla valorizzazione dell’immateriale, M. Dugato, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, in *Aedon*, 2014, n. 1. Per completezza, si ricorda che il patrimonio culturale immateriale – appunto inteso come complesso di valori e saperi afferenti alla tradizione ed usanze di una popolazione – è stato disciplinato anche dalla convenzione UNESCO del 2003, su cui si v. G. Severini, *L’immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon*, 2015, n. 3. Sulla definitiva affermazione del valore economico dell’immateriale, G. Piperata, *Cultura, sviluppo economico e ... di come addomesticare gli scoiattoli*, in *Aedon*, 2018, n. 3.

<sup>19</sup> N. Aicardi, *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, in *La tutela dei centri storici. Discipline giuridiche*, cit., 103 ss., spec. 105

<sup>20</sup> Per un’accurata ricostruzione della stagione normativa sulla liberalizzazione delle attività commerciali, E. Boscolo, *La regolamentazione del commercio: barriere di ordine territoriale e tecniche di liberalizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 1179 ss., spec. 1181 ss.; P. Amovilli, *Centro storico e disciplina del commercio*, in *I centri storici tra norme e politiche*, cit., in *Aedon*, 2015, spec. § 2.

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

della tutela e della sostenibilità del territorio<sup>21</sup>. In altre parole, i limiti agli insediamenti commerciali definiti in sede di pianificazione sono legittimi se motivati da interessi ambientali, paesaggistici e culturali<sup>22</sup>.

Tanto premesso, il presente lavoro intende concentrarsi esclusivamente su questa terza criticità, soffermandosi in particolare sulla disciplina delle attività tradizionali realizzate in modo continuativo nel medesimo edificio e che rappresentano un significativo profilo identitario per la comunità.

Il riferimento è al tema dei c.d. “locali storici”, intesi come quegli esercizi al cui interno, da decenni, sono svolte attività commerciali ed artigianali intimamente legate al contesto territoriale, riconosciute come espressione di identità culturale<sup>23</sup> e costituenti *in se* un patrimonio immateriale da proteggere in quanto espressione di saperi umani, usanze e costumi<sup>24</sup>.

Non che l’argomento non sia già stato considerato dalla scienza giuridica, che ha mosso alcune osservazioni in merito: la promozione dei locali tradizionali configura un fattore ostativo – pur tollerabile – al libero esercizio del commercio nel centro storico<sup>25</sup>; l’eccesso di salvaguardia dei locali storici attraverso la c.d. “eccezione culturale” può condurre a risultati irragionevoli

<sup>21</sup> E. Boscolo, *Libertà di svolgimento e dell’attività di commercio*, cit., *passim*. Le stesse considerazioni sono svolte da Id., *La regolamentazione del commercio: barriere di ordine territoriale e tecniche di liberalizzazione*, cit., in cui l’A. ribadisce che, a seguito della stagione delle liberalizzazioni, le limitazioni al commercio sono ammesse per motivi di ordine territoriale, ma non più per sbarramenti anticoncorrenziali. Il confine tra i due elementi consiste nel fatto che le prime si limitano «a dettare regole finalizzate ad evitare la diffusione delle esternalità diffusive della funzione commerciale», mentre le seconde (non consentite) «si prefiggono obiettivi di regolazione economica del mercato».

<sup>22</sup> La coerenza con la disciplina europea è assicurata dal fatto che, ai sensi dell’art. 9 della direttiva, la libertà delle attività economico-commerciali può essere derogata da motivi imperativi di interesse generale, nel cui novero è compresa la tutela dell’ambiente urbano (considerando n. 40). Queste previsioni sono poi riprese dalle norme nazionali: ad esempio, si v. l’art. 31, c. 2, d.l. n. 201/2011.

<sup>23</sup> Sulle caratteristiche del locale storico, A. Giannelli, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 174 ss., *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali “storici”: dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della cd. eccezione culturale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 174 ss., spec. 202 ss., in cui l’A. esamina il concetto anche alla luce delle norme regionali, mettendone in risalto le caratteristiche ed auspicando che il locale possa beneficiare di un riconoscimento istituzionale, così da avere maggiori certezze in punto di diritto sulla sua individuazione.

<sup>24</sup> È questo il senso delle riflessioni di G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n. 1, spec. § 7.

<sup>25</sup> P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 190 ss.; seppure il contributo sia maggiormente incentrato sulle limitazioni in genere al commercio nel centro storico, considera il tema anche C.P. Santacroce, *Le limitazioni all’esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, in *Riv. giur. urb.*,

nell'esercizio dell'azione amministrativa, che causano una discutibile deroga alla concorrenza<sup>26</sup>; l'imposizione di specifici vincoli di destinazione ai locali tradizionali andrebbe calmierata perché rischia di definire un'eccessiva "museificazione" dei luoghi<sup>27</sup>.

Quest'ultimo punto, soprattutto, merita un approfondimento perché, nonostante le limitazioni alle facoltà d'uso e godimento dei locali storici attraverso i poteri pubblicistici siano state indagate sin dagli anni Novanta<sup>28</sup>, c'è ancora spazio per qualche ulteriore valutazione.

L'obiettivo della ricerca è verificare se l'amministrazione possa semplicemente vietare lo svolgimento delle attività non tradizionali ritenute incompatibili con i valori culturali "assimilati" nel locale storico (vincolo in negativo), o al contrario possa spingersi sino ad individuare i soli esercizi compatibili con l'edificio, indicando *quelle* o perfino *quell'unica* attività ivi realizzabile (vincolo in positivo), incidendo in modo ben più marcato sulla libertà imprenditoriale, oltre che sulla regolazione della proprietà privata. D'altronde, uno degli ultimi lavori in merito lascia aperto l'interrogativo: pur propendendo per la tesi del vincolo in negativo, ritenuta più rispettosa della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., l'A. domanda ad ulteriori studi una verifica<sup>29</sup>.

Il problema non è di poco conto, perché l'eventuale individuazione dei

2016, 79 ss.; più risalenti, ma sempre valide sono le riflessioni di N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, pt. I, 631 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, ancora A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali "storici": dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della cd. eccezione culturale?*, cit., 174 ss. Commentando una pronuncia del Consiglio di Stato, l'A. ricorda che la qualifica arbitraria di alcuni locali come "storici" da parte dell'amministrazione, in mancanza di specifici criteri predeterminati e, soprattutto, di un riconoscimento formale come l'iscrizione in un apposito albo, abbia causato un ingiustificato *vulnus* alla concorrenza. Nel caso di specie, l'arbitraria qualifica del locale come "storico" ha determinato l'(illegittima) proroga dell'affidamento di immobili di proprietà del comune di Milano a favore del concessionario uscente, senza ammettere la selezione comparativa delle offerte da parte degli aspiranti aggiudicatari. Di qui la critica dell'A. alla «dittatura dell'eccezione culturale» là dove non adeguatamente motivata.

<sup>27</sup> P. Carpentieri, *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici*, cit., § 1, 5-6.

<sup>28</sup> N. Aicardi, *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, cit., 107, ricorda che già negli anni Ottanta la giurisprudenza amministrativa legittimava le azioni del Ministero rivolte sia a limitare le facoltà d'uso e godimento dei proprietari dei beni in modo conforme alle caratteristiche monumentali sia ad *imporre* talune particolari modalità d'uso.

<sup>29</sup> P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, cit., 225-226. Negli stessi termini, F.G. Scoca e D. D'Orsogna, *Centri storici, problema irrisolto*, cit., 66.

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

soli usi coerenti con il locale storico è il presupposto per il riconoscimento della tutela dell’attività tradizionale *in se* (cioè separata dal supporto materiale dell’edificio), che ammetterebbe la formazione di un vincolo personale alla prosecuzione di quell’esercizio anziché di un vincolo (conformativo) reale sull’immobile. La dottrina ha sinora rifiutato questa soluzione perché ne deriverebbero intollerabili lesioni ai già richiamati valori costituzionali della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà: cioè, il gestore dell’attività artigianale sarebbe obbligato alla prosecuzione del lavoro, mentre il proprietario dovrebbe sopportare che il suo immobile non sia destinabile a nessun altro uso<sup>30</sup>.

Nei successivi paragrafi si tenterà di capire se, al netto dei limiti appena richiamati, il valore immateriale costituito dalle attività tradizionali *in se* possa beneficiare di una tutela autonoma rispetto al bene materiale (il locale storico) che lo “trattiene”.

## 2. La salvaguardia delle attività tradizionali nei centri storici e il vincolo in negativo stabilito *ex lege*

Prima di procedere in tal senso, però, è bene ricostruire il quadro normativo sulla salvaguardia delle attività tradizionali *nei centri storici*, per i quali è stata inizialmente pensata la disciplina generale di vincoli e limitazioni, per poi passare ad esaminare nei paragrafi successivi le previsioni di *species* rivolte alla tutela *dei locali storici* (e delle attività ivi svolte). In tal modo, infatti, è possibile evidenziare in modo più marcato, per contrasto, come il legislatore abbia definito una tutela delle attività tradizionali mediante un vincolo in negativo *nei centri storici*, mentre abbia gradualmente aperto ad un diverso approccio con riferimento *ai locali storici*, prevedendo restrizioni sempre più rigide, impresse mediante una tecnica di zonizzazione settoriale, che giunge a riconoscere come il segno lasciato dagli eventi e dalle vicende umane possa insistere sui singoli edifici in ragione dell’uso che ne è stato fatto nel tempo.

La prima disposizione da esaminare è l’art. 4, d.l. 9 dicembre 1986, n. 832, conv. in l. 6 febbraio 1987, n. 15<sup>31</sup>, che consentiva ai comuni di definire, con riferimento agli esercizi commerciali, agli esercizi pubblici ed alle imprese artigiane, le attività incompatibili con le esigenze di tutela delle

<sup>30</sup> A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali “storici”: dalla dittatura della concorrenza alla dittatura della cd. eccezione culturale?*, cit., 215-216; P. Carpentieri, *op. cit.*, 225-226.

<sup>31</sup> Norma oggi abrogata dall’art. 26, c. 6, d.lgs. n. 114/1998.

tradizioni locali<sup>32</sup>. Con la sentenza del 30 luglio 1992, n. 388<sup>33</sup>, la Corte costituzionale ha confermato la legittimità dell'art. 4, ritenuto coerente con l'art. 9 Cost., e ne ha escluso la violazione degli artt. 3<sup>34</sup> e 41<sup>35</sup>, Cost., poiché la libertà di iniziativa economica può essere derogata al fine di promuovere l'utilità sociale attraverso apposite previsioni legislative, da attuarsi tramite l'azione degli enti locali. Il Giudice delle leggi si è così allineato a quella giurisprudenza amministrativa di poco antecedente che aveva reso una lettura sostanzialmente identica<sup>36</sup>.

Si segnala, poi, l'art. 6, d.lgs. n. 114/1998, che riconosce alle regioni il potere di definire i criteri di programmazione urbanistica riferita al settore commerciale affinché il comune individui – attraverso i propri strumenti urbanistici – i limiti agli insediamenti commerciali nei centri storici. Benché la norma non richiami espressamente il fine della tutela delle attività tradizionali, esprime comunque un *favor* per la conservazione delle caratteristiche morfologiche del centro storico, di fatto vietando quegli esercizi incompatibili «con il patrimonio culturale ed ambientale»<sup>37</sup>, allo scopo di evitare la perdita di identità di tali luoghi, che seguirebbe inevitabilmente all'affermazione incondizionata del libero mercato.

Ai nostri fini, è centrale l'art. 1, c. 4, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. decreto SCIA 2), il quale introduce una nuova deroga alla libertà di commercio, consentendo ai comuni di escludere dai centri storici attività non consone al loro valore culturale<sup>38</sup>. La norma, al netto di qualche differenza sul versante dei livelli di governo coinvolti<sup>39</sup>, ricalca in buona sostanza quan-

<sup>32</sup> Eppure, nella versione originaria del d.l. n. 932/1986, poi conv. in l. n. 15/1987, il potere di cui sopra spettava al Ministero dei beni culturali, mentre spettava al comune l'attuazione.

<sup>33</sup> Per un commento alla pronuncia, P. Urbani, *Vincoli recessivi alla libertà di iniziativa economica e tutela delle attività nelle aree di interesse storico-artistico*, in *Le Regioni*, 1993, 886 ss.

<sup>34</sup> «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, l. 6 febbraio 1987, n. 15, in riferimento all'art. 3 Cost., in quanto il trattamento differenziato applicato alla medesima categoria di soggetti in tempi diversi non contrasta con il principio di uguaglianza, costituendo il fluire del tempo un elemento diversificatore».

<sup>35</sup> È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, l. 6 febbraio 1987, n. 15, in relazione all'art. 41 Cost., stante il chiaro intento del legislatore di perseguire il fine di utilità sociale, desumibile dalla volontà di tutelare le tradizioni locali ed aree di particolare interesse del territorio comunale, e l'idoneità dei mezzi per conseguirlo, argomentabile dal divieto di iniziare attività incompatibili con salvezza di quelle in atto esistenti.

<sup>36</sup> Cons St., sez. V, 18 marzo 1989, n. 170.

<sup>37</sup> Art. 6, c. 1, lett. d).

<sup>38</sup> Per un'analisi accurata della norma, C.P. Santacroce, *Le limitazioni all'esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, cit., 113-120.

<sup>39</sup> L'art. 1, c. 4, d.lgs. n. 222/2016 prevede che il comune, nel vietare l'esercizio delle

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

to stabilito dall’art. 4, l. n. 15/1987 (poi abrogato dal d.lgs. n. 114/1998), non rappresentando quindi una novità assoluta nel panorama ordinamentale<sup>40</sup>.

Nondimeno, la disposizione del decreto SCIA 2 è importante perché rafforza ancora una volta la legittimazione di politiche di tutela dell’identità dei centri storici.

È stato osservato, in modo certamente condivisibile, che la definizione dell’art. 1, c. 4, d.lgs. n. 222/2016, si spiega con la necessità di dare una più forte copertura legislativa ad alcuni regolamenti comunali delle più celebri città d’arte italiane<sup>41</sup>, i quali dettano divieti e limitazioni particolarmente penetranti all’insediamento di attività economiche, individuate per tipo o per singole categorie merceologiche<sup>42</sup>. In mancanza della norma, alcune previsioni regolamentari sarebbero state più esposte a rischi di illegittimità: si pensi, ad esempio, all’art. 9 del regolamento per l’insediamento di attività commerciali ed artigianali a salvaguardia del centro storico di Venezia (adottato nel 2009), il quale ammette, in deroga al divieto di apertura di nuove attività di somministrazione di alimenti e bevande, la sola apertura di locali con servizio al tavolo che cucinano piatti tipici veneziani e osterie che servono i c.d. “cicchetti”, caratteristici prodotti gastronomici del luogo<sup>43</sup>.

Analoga vicenda si era già verificata in passato, quando l’art. 4, l. n. 15/1987, in qualità di disposizione speciale, consentiva ai comuni di fare ciò che la legge generale sul commercio non ammetteva, ovvero vietare specifiche attività commerciali nei centri storici, differenziando tra le voci

attività economiche nel centro storico, operi di intesa con la regione, mentre l’art. 4, d.l. n. 832/1986, non richiedeva un simile obbligo.

<sup>40</sup> Concordano in tal senso, C.P. Santacroce, *Le limitazioni all’esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, cit., 112-113; P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici*, cit., 210-211.

<sup>41</sup> Così C.P. Santacroce, *Le limitazioni all’esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, cit., nota 145, in cui l’A. sottolinea che il regolamento del comune di Firenze per la tutela e il decoro del patrimonio culturale del centro storico vieta l’insediamento di nuove attività di commercio al dettaglio in sede fissa di somministrazione di generi alimentari e bevande, ma anche di preparazione degli stessi. È ammessa una deroga al divieto in caso di specifici obblighi assunti dall’esercente in sede di rilascio del titolo abilitativo per sé e per i successivi aventi causa, quali ad esempio la vendita di prodotti di filiera corta e/o comunque tipici del territorio e della tradizione storico-culturale della città di Firenze. Inoltre, sono previsti anche specifici obblighi merceologici per gli esercenti le attività di vendita nel settore alimentare.

<sup>42</sup> Del resto, quello della copertura per legge è anche uno degli insegnamenti lasciati da C. cost. n. 388/1992, § 6.

<sup>43</sup> Inoltre, per completezza, si ricorda che l’art. 7 del regolamento consente sul ponte di Rialto le nuove aperture, i trasferimenti ed ampliamenti di attività commerciali per attività commerciali riguardanti esclusivamente oggetti preziosi, d’arte, articoli di antiquariato di numismatica e di filatelia.

merceologiche all'interno della stessa categoria e consentendo di vendere determinati prodotti, ma non altri (in questo caso, di tipo alimentare)<sup>44</sup>. Tuttavia, a seguito dell'abrogazione dell'art. 4, d.l. n. 832/1986, ad opera del d.lgs. n. 114/1998, è venuta a mancare una norma in grado di attribuire un simile potere in capo ai comuni, sino alla definizione dell'art. 1, c. 4, del decreto SCIA 2, che per di più consente di differenziare tra esercizi all'interno della stessa categoria merceologica<sup>45</sup>.

In definitiva, il legislatore è intervenuto a più riprese a salvaguardia delle attività della tradizione e delle usanze locali *nei centri storici*, fornendo agli enti territoriali le basi giuridiche per vietare gli esercizi ritenuti inammissibili. Stando però alla lettura delle fonti primarie considerate, le amministrazioni hanno potuto limitare le attività «non compatibili», ma non individuare quelle consentite<sup>46</sup>. Le norme di legge hanno quindi fatto ricorso al vincolo in negativo, mentre alcuni regolamenti comunali – si è visto – hanno individuato le sole attività ammesse: il che, se da un lato, fa sorgere dei dubbi sulla loro piena copertura legislativa, dall'altro dimostra la volontà delle amministrazioni delle più importanti città d'arte italiane di rafforzare la tutela di specifiche categorie merceologiche tramite l'apposizione del vincolo in positivo<sup>47</sup>.

Pertanto, una puntuale protezione di determinate attività commerciali *nei centri storici* è perseguita per via amministrativa: va ora verificato se questa apertura al vincolo in positivo trovi conferma per le attività tradizionali *nei locali storici*, eventualmente anche grazie ad una piena copertura legislativa.

<sup>44</sup> N. Aicardi, *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, cit., 121 ss.

<sup>45</sup> L'art. 6, d.lgs. n. 114/1998, sopra esaminato, non attribuiva ai comuni le stesse facoltà garantite dall'art. 4, l. n. 15/1987, per il semplice fatto che i poteri di indirizzo spettavano alle regioni. Sulle peculiarità dell'art. 1, c. 4, del decreto SCIA 2, e sulla sua ampia portata applicativa, C.P. Santacroce, *Le limitazioni all'esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, cit., 114-116, il quale comunque segnala anche l'asimmetria tra l'art. 4, l. n. 15/1987 e l'art. 1, c. 4, del decreto SCIA 2, dovuta al fatto che mentre la prima norma non chiedeva il coinvolgimento della regione, la seconda prevede questo adempimento.

<sup>46</sup> Ciò vale anche per l'art. 4, l. n. 15/1987: è vero che nella versione nel decreto-legge, si menzionava la possibilità di definire i criteri per l'individuazione delle «attività compatibili» (tra le altre cose, da parte del Ministero dei beni culturali), ma a seguito della conversione in legge il testo della norma fu riscritto, permettendo loro di definire le sole «attività incompatibili» con le esigenze di tutela.

<sup>47</sup> Anche T. Bonetti, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, cit., 387-390, ricorda che diversi regolamenti comunali stanno seguendo l'esempio fiorentino (e veneziano), vietando lo svolgimento di attività diverse da quelle espressamente elencate.

### 3. La destinazione specifica dei locali storici, la costruzione giurisprudenziale del vincolo in positivo e la tutela (indiretta) delle attività tradizionali *in se*

Le amministrazioni hanno iniziato ad apporre vincoli sugli immobili adibiti ad attività commerciali attraverso gli artt. 1 e 2, l. 1° giugno 1939, n. 1089, che predisponavano, rispettivamente, un sistema di tutela per i beni mobili e immobili di interesse storico-artistico e per le cose immobili riconosciute di particolare valore per il loro riferimento con la storia politica, militare della letteratura, dell'arte e della cultura in genere.

È risaputo che entrambe le norme sono state vagliate dalla Corte costituzionale a seguito della rimessione dal giudice *a quo*, il quale dubitava della loro compatibilità con l'art. 9 Cost. nella parte in cui non prevedevano la tutela delle attività della tradizione artigianale<sup>48</sup>. Con la celebre sentenza n. 118/1990, la Consulta ha rigettato l'eccezione di incostituzionalità ritenendo che le disposizioni censurate dovessero interpretarsi nel senso di garantire la tutela di attività culturalmente rilevanti, a condizione che esse si compenetrassero nel bene inteso come supporto materiale, non assumendo rilievo autonomo rispetto ad esso. Gli usi pregressi del bene possono dunque imporre un vincolo di destinazione che però agisce sulla proprietà dell'edificio, ma non può mai riguardare «l'attività in sé per sé [...] che resta libera secondo i precetti costituzionali», individuati nell'art. 41, Cost.<sup>49</sup>. In breve, la Corte ha legittimato le limitazioni all'utilizzo dell'immobile per mezzo del c.d. vincolo testimoniale (o pertinenziale), costruito però non sull'attività culturale (non vincolabile) ma sul bene in cui essa si estrinseca<sup>50</sup>.

Negli anni a seguire, l'orientamento è stato generalmente seguito dal giudice amministrativo, che in più occasioni ha ribadito come i vincoli, per essere legittimi, non dovessero rivolgersi all'esercizio commerciale in modo da assicurarne l'inalienabilità o la promozione, quanto piuttosto alla struttura materiale, vero oggetto della tutela<sup>51</sup>. Le stesse riflessioni sono state quindi riproposte da parte della dottrina, secondo cui dalla sentenza n. 118/1990 è possibile desumere: l'illegittimità del vincolo che impone al proprietario

<sup>48</sup> Per una più approfondita descrizione dei fatti, si rinvia a P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici*, cit., 199 ss.

<sup>49</sup> C. cost. 14 marzo 1990, n. 118.

<sup>50</sup> Per un commento alla pronuncia in tal senso, N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, cit., 631 ss.

<sup>51</sup> Per gli estremi delle sentenze del giudice amministrativo che seguono l'orientamento di C. cost. n. 118/1990 ed il relativo commento, si rinvia a P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici*, cit., 201-207, in particolare note 18-20.

del locale lo svolgimento di *quella* attività o la sua perpetrazione nel tempo<sup>52</sup>, l'impossibilità di contestargli la scelta di lasciare sfitto l'immobile e di impedirgli lo sfratto del gestore moroso<sup>53</sup>. Osservazioni ribadite con forza anche in lavori più recenti, in cui si paventa il timore che avallare un limite soggettivo per imporre la prosecuzione dell'attività tradizionale significhi introdurre un vincolo integrante una intollerabile compressione dei diritti in contrasto con il vigente assetto costituzionale, per cui la continuazione di una determinata attività storica non può considerarsi un'esigenza imperativa di interesse generale<sup>54</sup>.

Ricostruito in tal modo il quadro giuridico di riferimento, qualsiasi altra valutazione sulla tutela delle attività tradizionali *in se* sembrerebbe preclusa; ma la questione è più complessa di come appare.

La pronuncia n. 118/1990 è stata infatti oggetto di aspre critiche da parte di altri studiosi, che hanno giudicato un grossolano errore il fatto di attribuire valore culturale all'attività solo se legata al bene, tesi ritenuta lesiva della corretta accezione di patrimonio culturale<sup>55</sup> perché ne esclude arbitrariamente i valori immateriali<sup>56</sup>, invero tutelati *ex art. 9 Cost.*<sup>57</sup>. Aniché porsi il problema del vincolo all'attività, la Consulta avrebbe fatto meglio a concentrarsi sugli usi ammissibili nel locale storico e sulle relative conseguenze, in armonia con quella giurisprudenza amministrativa dell'epoca che guardava – appunto – non all'attività ma ai limiti delle destinazioni possibili dell'edificio<sup>58</sup>. In merito, gli orientamenti non erano univoci: mentre in alcune occasioni il Consiglio di Stato ha stabilito che il vincolo sull'immobile

<sup>52</sup> P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione*, cit., 225; F.G. Scoca e D'Orsogna, *Centri Storici, problema irrisolto*, cit., 62 ss.

<sup>53</sup> N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, cit., 637-638; ID., *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, cit., 114; P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione*, cit., 225; M. Brocca, *La disciplina d'uso dei beni culturali*, in *Aedon*, 2006, n. 2, spec. § 1.

<sup>54</sup> A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali "storici"*, cit., 215-216

<sup>55</sup> Accezione che include beni materiali ed immateriali, intesi come la vera entità destinata alla fruizione. Così M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit., 24 ss.

<sup>56</sup> F. Benvenuti, *Sull'estensione del vincolo d'uso di beni storici notificati*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, 285 ss., spec. 290, ritiene che il concetto onnicomprensivo di patrimonio culturale comprenda anche le attività legate alla «cultura sociale», e dunque le attività rilevanti sotto il profilo storico, tradizionale, artistico. Negli stessi termini, F. Rigano, *Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali*, in *Giur. cost.*, 1990, cit., 665 ss.

<sup>57</sup> F. Rigano, *op. cit.*, 674-675.

<sup>58</sup> F. Benvenuti, *Sull'estensione del vincolo d'uso di beni storici notificati*, cit., 290-291.

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

poteva indicare le sole destinazioni locative non compatibili senza spingersi ad imporne una determinata<sup>59</sup>, in altri casi ha ritenuto conforme alla legge il provvedimento indicante l'unico uso compatibile con le esigenze di conservazione dei beni protetti<sup>60</sup>, rivolto a salvaguardare la destinazione attuale dell'immobile<sup>61</sup>.

Questa seconda lettura in particolare è decisiva, perché di fatto risolve il divieto di usi incompatibili nell'individuazione delle sole attività ammesse da parte dell'amministrazione<sup>62</sup>; o, che dir si voglia, l'esercizio particolarmente accurato del vincolo in negativo può condurre ad un restringimento delle destinazioni compatibili a tal punto rigoroso da escludere tutte le altre, con la conseguenza di legittimare la sola attività tradizionale preesistente<sup>63</sup>. Questa viene dunque tutelata mediante un vincolo reale (e non soggettivo) insistente sull'immobile, che non comporta un obbligo di fare – cioè la prosecuzione dell'attività, essendo il “non uso” perfettamente ammissibile – quanto piuttosto un «obbligo di non fare», nel senso che quel bene «fino a che duri non può essere destinato ad altro uso [...] diverso da quello per cui è stato vincolato». Con l'ulteriore conseguenza che il «vincolo passivo» supera le obiezioni della sentenza della Corte costituzionale n. 118/1990 incentrate sulla compressione della libertà di iniziativa economica privata: infatti, la vicenda non va ricondotta all'art. 41 Cost., ma all'art. 42, il quale consente alla legge di limitare i modi di godimento della proprietà privata<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Cons. St., sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1266.

<sup>60</sup> Cons. St., sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741, con commento di N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, cit., 637.

<sup>61</sup> Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 1990, n. 321.

<sup>62</sup> Così F. Benvenuti, *Sull'estensione del vincolo d'uso*, cit., 290-291, 293, in commento alla già richiamata Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 1990, n. 321. L'A. osserva anche che se le disposizioni allora vigenti consentono di individuare le attività non compatibili (e non di individuare quelle compatibili), di fatto il vincolo negativo giunge «alla precisazione positiva delle attività consentite».

<sup>63</sup> F. Benvenuti, *Sull'estensione del vincolo d'uso di beni storici notificati*, cit., 293. Negli stessi termini, N. Aicardi, *Vincoli di relazione*, cit., 637-638; ID., *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, 113. Del resto, la stessa C. cost. n. 118/1990 riconosce che gli usi pregressi condizionano la destinazione dell'edificio (si v. C. cost. n. 118/1990, § 4). Così N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, cit., 637-638, il quale sottolinea inoltre come la stessa giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 1990, n. 321; Cons. St., sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741) abbia consentito alle amministrazioni di individuare un'unica destinazione del bene. Identiche riflessioni sono riproposte da Aicardi in *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, cit., 113. Va sottolineato che le riflessioni degli A. si riferiscono all'art. 11, l. n. 1089/1939.

<sup>64</sup> F. Benvenuti, *op. cit.*, 294-295; anche F. Rigano, *Tutela dei valori culturali e vincoli di*

La scelta del Consiglio di Stato di legittimare l'individuazione di *un'unica* destinazione per il locale<sup>65</sup> è ancora più "forte" in quanto le sentenze in oggetto hanno assunto come base giuridica l'art. 11, l. n. 1089/1939. In punto di stretto diritto, la norma definiva un vincolo in negativo, vietando gli usi «non compatibili» con i valori culturali salvaguardati: i giudici ne hanno quindi reso un'interpretazione piuttosto audace (in parte, forse, *extra legem*) che, attraverso il vincolo in positivo alla destinazione dell'immobile (e sugli arredi), finisce per tutelare l'attività *in se*, aggirando il divieto posto dalla sentenza della Consulta n. 118/1990<sup>66</sup>.

In definitiva, l'individuazione dell'*unica* destinazione possibile e l'esclusione di ogni altro uso per i locali storici postulano l'emersione di un vincolo in positivo, che sostanzialmente ammette la tutela delle attività; anzi, secondo alcuni, l'obiettivo finale dell'azione amministrativa non sarebbe la tutela dell'edificio (che di suo può non presentare un pregio intrinseco particolare), quanto la salvaguardia dell'esercizio<sup>67</sup>. L'affermazione non pare affatto illogica ed anzi rileva l'esistenza di un meccanismo di tutela indiretta dell'attività tradizionale *in se*, raggiunto per mezzo di rigorosi limiti imposti all'utilizzo del bene materiale.

Per una sua maggiore legittimazione, questa lettura – comunque anche più di recente confermata dal giudice amministrativo<sup>68</sup> – richiede però un qualche riscontro sul piano legislativo. I presupposti non sembrano dei migliori, perché l'art. 7-*bis* del codice ha escluso la tutela del valore immateriale delle esperienze umane se non compenetrato nel bene materiale, stabilendo dunque che le espressioni di identità culturale collettiva debbano essere an-

*destinazione*, cit., 678, scrive di «estraneità al problema in esame della disciplina costituzionale dell'attività economica».

<sup>65</sup> Si v. la sentenza citata nella nota 61.

<sup>66</sup> Un ragionamento che presenta qualche somiglianza (nel senso che ammette un vincolo all'attività, seppur per assicurare un diverso fine), è stato riproposto anche più di recente da Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009. In tal caso, il Collegio ha ritenuto legittimo il provvedimento che impone un unico esercizio nel locale storico, sostenendo però che il vincolo sul "contenuto" (l'attività) è rivolto a garantire una più efficace protezione del "contenente" (il negozio). Per un commento nel senso sopra riportato, P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici*, cit., 203, 209.

<sup>67</sup> F. Rigano, *Tutela dei valori culturali*, cit., 678, riconosce che per le attività culturali, che necessitano della struttura materiale, l'imposizione del vincolo di destinazione sull'immobile si risolve nel vincolo all'attività: pertanto, in ultima analisi, l'immobile sarebbe vincolato non per un suo pregio intrinseco, ma perché contenitore necessario dell'attività culturale, ossia l'oggetto finale della tutela.

<sup>68</sup> TAR Lazio, Roma, sez. sez. II-ter, 21 dicembre 2016, n. 12714, in cui si afferma che «

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

corate ad una *res*, secondo un’impostazione che vede un «predominio della materialità»<sup>69</sup>.

Ciò nonostante, il tema merita qualche ulteriore approfondimento.

### 4. L’art. 52, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 42/2004: verso una conferma del vincolo in positivo per la tutela delle attività tradizionali *in se*?

Per quanto sinora osservato, l’individuazione della destinazione specifica e dei soli esercizi consentiti *nei locali storici* è stata talora ammessa dal giudice amministrativo e da accreditata dottrina, non essendo possibile rinvenire una norma che, negli anni Novanta, permettesse di definire le attività compatibili con un certo immobile, considerando i vincoli in negativo apposti dal legislatore<sup>70</sup>.

La questione appare oggi diversa.

Pur esistendo le leggi statali di settore<sup>71</sup>, leggi regionali<sup>72</sup> e direttive ministeriali *ad hoc*<sup>73</sup>, sul tema la disposizione di riferimento è il c. 1-*bis* dell’art. 52, d.lgs. n. 42/2004, introdotto dall’art. 2-*bis*, l. 7 ottobre 2013, n. 112. La norma ammette i comuni, sentito il soprintendente, ad individuare i locali, a chiunque appartenenti, in cui si svolgono attività commerciali ed artigianali tradizionali riconosciute come espressione dell’identità culturale collettiva al fine di assicurarne apposite forme di promozione e salvaguardia.

<sup>69</sup> Così L. Casini, *Riprodurre il patrimonio culturale? I “pieni” e i “vuoti” normativi*, in *Aedon*, 2018, n. 3. E già prima, con riferimento alla l. n. 1089/1939, F. Rigano, *Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d’uso dei beni materiali*, cit., 665.

<sup>70</sup> Così F. Benvenuti, *Sull’estensione del vincolo d’uso*, cit., 293. È della stessa opinione, M. Cermel, *Attività economiche e beni culturali*, in *Il dir. econ.*, 1996, 101 ss., che scrive di «insufficienza della normativa vincolistica per la tutela delle attività tradizionali».

<sup>71</sup> Il richiamo è alla l. 14 novembre 2016, n. 220, sulla tutela accordata alla sale cinematografiche storiche.

<sup>72</sup> Le leggi regionali sono appena accennate in questa sede perché non ritenute decisive ai fini del ragionamento. Tra quelle più significative, si segnalano l.rg. Emilia-Romagna 10 marzo 2008, n. 5; l.rg. Veneto 28 dicembre 2012, n. 50 (art. 11); l.rg. Lombardia 2 febbraio 2010, n. 6 (artt. 148-*bis*, *ter*, *quater*); l.rg. Lazio, 6 dicembre 2001, n. 31. Per un elenco più completo delle principali norme regionali sui locali storici, P. Carpentieri, *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici*, cit., 31 ss.; T. Bonetti, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, cit., nota 31 e si v. anche a pagina 399, in cui l’A. riscontra la base normativa per le leggi regionali nell’art. 6, d.lgs. n. 114/1998; A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali “storici”*, cit., 202 ss.

<sup>73</sup> Si v. la direttiva ministeriale del 26 agosto 2014 sulle sale cinematografiche di interesse storico e la direttiva 29 settembre 2014 concernente le librerie storiche.

Con la sentenza 9 luglio 2015, n. 140, la Corte costituzionale ha dichiarato l'art. 52, c. 1-*bis*, non conforme all'art. 117, c. 3 e 4, Cost., nella parte in cui non prevedeva l'intesa con le regioni<sup>74</sup>, le cui competenze sulla valorizzazione del patrimonio culturale ne impongono il coinvolgimento sul piano esecutivo, in coerenza con il principio di leale collaborazione<sup>75</sup>. È stata dunque ravvisata una «concorrenza di competenze [...] senza che sia individuabile un ambito prevalente rispetto agli altri»<sup>76</sup>.

La pronuncia è stata oggetto di diversi commenti.

Alcuni, pur esternando delle perplessità, ne hanno dedotto l'intenzione della Corte di valorizzare l'interesse a gestire flussi turistici – di competenza regionale – con la conseguente perdita di autonomia per il Ministero e la necessaria condivisione di potere con le amministrazioni periferiche<sup>77</sup>. Altri, invece, hanno condannato in modo ben più marcato il ragionamento della Consulta, ritenuto gravemente erroneo quando definisce la tutela e la valorizzazione come «due elementi teleologicamente ed ontologicamente contigui», che renderebbero la collaborazione l'unica strada percorribile<sup>78</sup>. Stando al pensiero dottrinale, la lettura dei giudici contrasta con l'art. 6, c. 2, d.lgs. n. 42/2004<sup>79</sup>, il quale scinde la tutela dalla valorizzazione, prevedendo che la prima sia preminente sulla seconda<sup>80</sup>. La Corte avrebbe piuttosto do-

<sup>74</sup> Mancanza, tra l'altro, già criticata prima della sentenza della Consulta da L. Casini, *“Le parole e le cose”*: la nozione giuridica di bene culturale nella legislazione regionale, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 257 ss., spec. 264-265.

<sup>75</sup> C. cost. n. 140/2015, § 6.4. Per la verità, la sentenza si è espressa non solo sul c. 1-*bis*, ma anche sul c. 1-*ter*, dichiarando entrambi non conformi a Costituzione nella parte in cui non prevedono il coinvolgimento delle amministrazioni regionali. Eppure, a seguito della pronuncia, il legislatore è intervenuto solo sul c. 1-*ter*, introducendo espressamente l'obbligo di intesa con la regione (con l'art. 16, c. 1-*ter*, l. n. 125/2015), mentre il c. 1-*bis*, non è stato toccato da alcuna modifica. Nondimeno, in dottrina è stato osservato che, a causa della sentenza, il procedimento amministrativo ex art. 52, c. 1-*bis*, per l'individuazione dei locali storici non possa fare a meno, nella prassi, del coinvolgimento delle regioni. Cfr. C.P. Santacroce, *Le limitazioni all'esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, cit., 97 ss.

<sup>76</sup> C. cost., n. 140/2015, § 6.3.

<sup>77</sup> C.P. Santacroce, *Le limitazioni all'esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, cit., 111. L'A. si mostra comunque critico (100-101) nei confronti della pronuncia ritenendo che lasci «un certo senso di insoddisfazione» sul piano della consequenzialità logica.

<sup>78</sup> G. Sciuillo, *Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2017, n. 1, spec. § 2.

<sup>79</sup> La disposizione, infatti, recita «La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze».

<sup>80</sup> Così P. Carpentieri, *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art. 9 Cost.) al commercio e alla “leale collaborazione” interistituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, 1246 ss., il quale rammenta che tutela e valorizzazione andrebbero distinte con

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

vuto additare la tutela quale ambito materiale prevalente<sup>81</sup>, che fisiologicamente si impone sia sulla valorizzazione sia (*a fortiori*) sulla materia commercio-artigianato<sup>82</sup>; di qui, avrebbe fatto meglio a salvaguardare la volontà del legislatore statale e negare la collaborazione Stato-regioni, il cui richiamo rallenta il processo di salvaguardia dei locali storici (e delle relative attività) e, di fatto, rende l’art. 9 Cost. una norma dal contenuto programmatico anziché precettivo<sup>83</sup>.

Ora, il discorso sulle competenze, sebbene importante, passa in secondo piano perché in questa sede non è decisivo se l’individuazione dei locali debba avvenire tramite il coinvolgimento della regione sul piano amministrativo (come chiesto dalla Corte)<sup>84</sup>, ovvero su quello legislativo (come spesso si verifica)<sup>85</sup>. Diversamente, interessa capire se l’art. 52, c. 1-*bis*, con-

maggiore enfasi tra tutela e valorizzazione. Negli stessi termini, G. Sciallo, *Concorrenza di competenze in tema di beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 379 ss., spec. 387 ss.

<sup>81</sup> Come è noto, il meccanismo dell’individuazione della materia prevalente non è nuovo, ma anzi è stato spesso utilizzato in altre occasioni. Si v., ad esempio le politiche di liberalizzazione degli orari di apertura degli esercizi commerciali attuate con il d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2012, con cui sono stati eliminati i vincoli in precedenza previsti. Per una ricostruzione, M. De Benedetto, *Le liberalizzazioni e i poteri dell’AGCOM*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 236 ss.; M. Ramajoli, *Le liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, 507 ss.; L. Saltari, *Stato e mercato nel decreto “Bersani-bis”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 809 ss. Le regioni hanno a più riprese lamentato l’invasione della propria competenza residuale in tema di commercio, senza però incontrare il consenso della Corte, la quale ha dichiarato la legittimità delle disposizioni statali, in virtù della superiorità della materia “concorrenza” sulla materia “commercio” (C. cost. 19 dicembre 2012, n. 299). Di converso, la Consulta ha sentenziato l’incostituzionalità di diverse norme regionali: da quelle di restrizione degli orari del commercio al dettaglio (*ex multis*, C. cost. 11 novembre 2016, n. 239; 15 marzo 2013, n. 38; 12 aprile 2013, n. 65; 18 aprile 2014, n. 104) a quelle che sottopongono ad autorizzazione l’apertura ed il trasferimento delle sedi di vendita (C. cost. 11 giugno 2014, n. 165; C. cost. 15 maggio 2014, n. 125).

<sup>82</sup> G. Sciallo *Concorrenza di competenze in tema di beni culturali*, cit., 389-390 ss., sostiene infatti che sia il c. 1-*bis* sia il c. 1-*ter* siano rivolti alla tutela del patrimonio culturale, ragione per cui avrebbero meritato una maggiore considerazione in tal senso; condivide *in toto* questa ricostruzione P. Carpentieri, *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art. 9 Cost.) al commercio e alla “leale collaborazione” interistituzionale*, cit., *passim*.

<sup>83</sup> Così G. Sciallo, *Concorrenza di competenze in tema di beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 387 ss., le cui critiche si incentrano quindi sul fatto che la decisione individua una tutela co-esequuta tra Stato, regioni e comuni, in distonia con l’art. 9 Cost.

<sup>84</sup> G. Sciallo, *Concorrenza di competenze*, cit., 394, ricorda appunto che il coinvolgimento delle regioni sul piano amministrativo è quanto emerge dalla sentenza n. 140/2015.

<sup>85</sup> Sulla legittimità costituzionale delle leggi regionali nell’identificazione di beni ed attività di rilevanza culturale, tra cui anche i locali storici, L. Casini, *“Le parole e le cose”*, cit., 264-265, in commento a C. cost., 17 luglio 2013, n. 194. Già sopra, alla nota 72, sono state

senta ai comuni di vincolare – sentito il soprintendente – il locale storico ad un'unica destinazione e, di conseguenza, di porre le basi per la salvaguardia delle attività tradizionali *in se*.

Se l'art. 52, c. 1-*bis*, è «norma di tutela»<sup>86</sup> e la tutela consiste (spesso) in un “non fare”, cioè in azioni negative<sup>87</sup> per assicurare la conservazione del bene<sup>88</sup>, allora tale norma nasce con l'intento di vietare, e quindi di impedire, usi incompatibili con la storia ed il valore culturale insito nell'edificio, riproponendo quello schema già sopra esaminato: il restringimento della destinazione dell'immobile ad alcune o ad un'unica attività implica la sostanziale insorgenza del vincolo in positivo, a tutela dell'attività preesistente.

Il c. 1-*bis*, sembra però compiere un passo ulteriore, perché definisce uno stretto legame tra valori materiali ed immateriali, rifiutandone la rigida separazione ed anzi favorendone l'effettivo processo di sostegno, integrazione e reciproca compenetrazione in un «tutt'uno inscindibile»<sup>89</sup> là dove qualifica le attività tradizionali come «espressione dell'identità collettiva» da promuovere e salvaguardare. Il legislatore sembra perciò avere posto la base giuridica per il possibile riconoscimento della tutela degli esercizi artigianali<sup>90</sup>.

La tesi è audace, ma non per questo pare infondata, costituendo anzi una possibile evoluzione dei timidi meccanismi di protezione apprestati dal codice per il patrimonio culturale immateriale<sup>91</sup> – e, in precedenza, dall'art. 4, d.l. n. 382/1986 (che prevedeva i soli vincoli in negativo) e dalla l. n. 1089/1939<sup>92</sup> – in coerenza con la funzione di promozione “dinamica” della

indicate le leggi adottate dalle regioni sui locali storici, ben prima della sentenza emanata dalla Corte.

<sup>86</sup> G. Sciuillo, *Concorrenza di competenze*, cit., 389.

<sup>87</sup> M. Dugato, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, cit.

<sup>88</sup> G. Sciuillo, *Tutela*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata e G. Sciuillo, *Diritto del patrimonio culturale*<sup>2</sup>, Bologna, il Mulino, 2020, 141 ss.

<sup>89</sup> Così P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, cit., 208-209.

<sup>90</sup> *Id.*, *op. cit.*, 209.

<sup>91</sup> Il riferimento è all'art. 7-*bis* del codice, che lega necessariamente la tutela del patrimonio culturale immateriale alla rappresentazione di testimonianze materiali. Sull'opportunità di una visione ampia di patrimonio culturale, di sintesi tra materiale ed immateriale, Aa.Vv., *Patrimonio culturale e creazione di valore*, a cura di G. Golinelli, Padova, Cedam, 2012.

<sup>92</sup> Se ne ha conferma leggendo F.G. Scoca e D. D'Orsogna, *Centri Storici, problema irrisolto*, cit., 63, i quali ricordano che, forzando il senso delle disposizioni della l. n. 1089/1939, l'amministrazione ha vincolato i beni strumentali in cui le attività tradizionali venivano svolte, al fine di garantire una prosecuzione delle stesse, prassi poi rifiutata dal giudice amministrativo e, infine, dalla sentenza n. 118/1990 della Corte costituzionale. Analoghe considerazioni sono svolte da N. Aicardi, *Centri storici e disciplina delle attività commerciali*, cit., 111-112 (nota 27), il

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

cultura garantita dallo Stato ai sensi dell’art. 9 Cost., dalla quale non andrebbe esclusa la tutela delle attività<sup>93</sup>.

È bene specificare che questa lettura non intende sminuire l’importanza dei diritti di cui agli artt. 41 e 42 Cost.: cioè, non si vuole sostenere che, da un lato, il proprietario dell’immobile non possa agire civilmente nei confronti dell’inquilino inadempiente, ovvero sia costretto a continuare la locazione dell’immobile, e dall’altro lato l’artigiano locatario debba portare avanti l’esercizio commerciale *sine die*<sup>94</sup>.

Ci si potrebbe allora chiedere quali siano i vantaggi di tutelare l’attività in via autonoma.

Invero, l’impressione è che questo tipo di protezione non debba essere vista come una minaccia a certi diritti costituzionalmente garantiti (che non sono comprimibili nei termini di cui sopra), quanto come il presupposto per “salvare” quegli esercizi artigianali che oggi vanno scomparendo, nella prospettiva di garantirne una maggiore conoscibilità e fruibilità – in armonia con la finalità di promozione delle attività culturali *ex artt. 9 e 117, c. 3, Cost. – e, finanche, con l’obiettivo di ricavarne un utile economico*<sup>95</sup>.

Più concretamente, a titolo di esempio, in caso di cessazione dell’attività si potrebbe pensare di agevolare la prosecuzione attraverso un avviso pubblico, al quale far seguire una selezione comparativa per “affidare” il mestiere ad un nuovo soggetto all’interno dello stesso locale; solo a fronte di un bando deserto, o comunque di nessuna offerta soddisfacente sotto il profilo delle competenze tecniche, il bene materiale verrebbe restituito nella libera disponibilità del proprietario, “svuotato” dei suoi valori immateriali inevitabilmente perduti<sup>96</sup>. Ancora, si potrebbero favorire politiche di valorizzazione economica più efficaci, basate sulla resa di sussidi pubblici (sovven-

quale ricorda come la giurisprudenza degli anni Ottanta e Novanta annullava per sviamento di potere i provvedimenti di tutela degli usi a cui il locale era adibito, perché questa finalità, «pur apprezzabile risultava estranea all’ambito della legge n. 1089 del 1939».

<sup>93</sup> Cfr. F. Santoro Passarelli, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, II, in *Aa. Vv.*, *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente*, Firenze, Vallecchi, 1969, 434 ss.; G. Pastori, *La legge sulla tutela dei beni culturali*, in *Le Regioni*, 1981, 327 ss.; F. Merusi, *Principi fondamentali – art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 443 ss.

<sup>94</sup> Si v. sul punto le già richiamate considerazioni di N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, cit., 637-638; A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali “storici”*, cit., 215-216; P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione*, cit., 225.

<sup>95</sup> Sul legame tra valorizzazione e promozione della cultura, M.C. Cavallaro, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon*, 2018, n. 3.

<sup>96</sup> La stessa procedura potrebbe utilizzarsi nel caso in cui la figura dell’artigiano e

zioni finanziarie, agevolazioni tributarie), sui proventi derivanti da esibizioni organizzate a favore della collettività, sui corrispettivi per la riproduzione dell'arte. In tal modo, il patrimonio immateriale verrebbe promosso senza fare leva sulla «coseità»<sup>97</sup>.

Tuttavia, l'attuabilità di questi programmi dipende da una condizione: il riconoscimento di autonoma tutela per i beni immateriali, in armonia con quelle riflessioni che vedono nella protezione del bene il presupposto necessario per la realizzazione dei suoi fini<sup>98</sup>; infatti, l'immaterialità del patrimonio culturale beneficia di una più efficace promozione, anche sul piano economico<sup>99</sup>, quando ne viene assicurata apposita salvaguardia<sup>100</sup>.

Quanto sinora ritenuto spinge ad un'ulteriore riflessione.

Vagliare l'ipotesi della tutela delle attività tradizionali *in se* suggerisce di considerare se il vincolo debba essere apposto in base ad un fatto generico – inteso come testimonianza di fatti della storia e/o della cultura legati a quell'ambiente – o specifico, cioè un evento puntuale che abbia caratterizzato in passato quel locale<sup>101</sup>. Entrambe le posizioni sono in parte condivisibili: mentre il fatto generico sembra più coerente con l'art. 10, c. 3, lett. d), d.lgs. n. 42/2004, che lega il valore culturale di un bene mobile o immobile ad un indeterminato riferimento agli accadimenti della storia e della «cultura in genere», la dilatazione eccessiva di questi richiami può causare con maggiore probabilità sviamenti di potere dovuti all'irragionevole attribuzione di valore identitario al bene o persino all'attività<sup>102</sup>.

È già successo, infatti, che la mancanza di specifici riferimenti abbia condotto alla opinabile qualifica come “storico” di un locale non (ancora) riconosciuto come tale dall'apposito registro regionale, con l'illegittimi-

del proprietario coincidano in un unico soggetto che decida di non proseguire oltre la sua attività.

<sup>97</sup> L'espressione si deve a M. Cammelli, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 21; sul valore economico dell'immateriale, G. Morbidelli e A. Bartolini, *L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2014; G. Severini, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon*, 2015, n. 3;

<sup>98</sup> Con riferimento ai beni in generali, A.M. Sandulli, *Beni pubblici* (voce), V, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, 277 ss., spec. 290-291.

<sup>99</sup> Sul valore economico dell'immateriale, G. Piperata, *Cultura, sviluppo economico e... di come addomesticare gli scoiattoli*, cit., spec. § 4.

<sup>100</sup> G. Sciullo, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare – una spesa, un investimento*, in *Aedon*, 2017, n. 3; M.C. Cavallaro, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, cit., § 2.

<sup>101</sup> Sulla contrapposizione tra fatto generico e specifico ed i relativi arresti giurisprudenziali, P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, cit., 215 ss.

<sup>102</sup> P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione*, cit., 216-217.

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

ma attribuzione dei relativi benefici<sup>103</sup>. In mancanza dell’albo<sup>104</sup>, o anche nel caso di mancata iscrizione dell’edificio – eventualità che non fa sorgere peraltro una presunzione *iuris et de iure* di difetto di “culturalità”, ma la semplice esigenza di una verifica più approfondita<sup>105</sup> – il fatto specifico si lascia preferire, perché descrive le effettive ragioni dell’incorporazione dell’attività nel bene materiale. Se l’obiettivo è salvaguardare l’attività nel locale, a rilevare non è tanto un periodo o un avvenimento storico, quanto piuttosto l’arte e la tecnica di un mestiere, intese come complesso di conoscenze, abilità e usanze assimilate nell’edificio e negli arredi. Allo stesso tempo, il riferimento al fatto specifico limita la discrezionalità dell’amministrazione e diminuisce il rischio di valutazioni arbitrarie<sup>106</sup>, le quali tutelerebbero dei saperi umani non realmente incorporati nel locale, aumentando il pericolo di un’irragionevole museificazione del centro storico.

A questo punto, rimane da verificare se la lettura sin qui proposta trovi conferma nella prassi.

Nel paragrafo successivo, saranno presi in considerazione i regolamenti comunali delle principali città d’arte del Paese, al fine di valutare il grado di coerenza del potere amministrativo nell’apporre il vincolo alla tutela delle attività tradizionali.

Prima di procedere nell’analisi, però, è opportuna una precisazione a livello terminologico.

I regolamenti in seguito citati utilizzano generalmente le espressioni

<sup>103</sup> A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente quale forma di tutela del valore identitario di determinati locali “storici”*, cit., 202 ss., ricorda come il riconoscimento di locale storico svolto in violazione della normativa regionale sull’apposito registro e in mancanza di un’adeguata motivazione, abbia condotto l’amministrazione comunale a rinnovare senza gara l’affidamento dell’immobile in modo quantomeno discutibile sotto il profilo della legittimità dell’azione amministrativa. Di qui, è stata suggerita (208) l’opportunità di definire – anche attraverso la legislazione regionale – un apposito registro al fine di evitare che la valutazione di “culturalità” dei beni immateriale consista in una semplice intuizione non «razionalmente argomentabile» da parte dell’amministrazione.

<sup>104</sup> Sull’importanza dell’albo ai fini del riconoscimento della natura storica del locale, si rinvia ancora ad A. Giannelli, *Il rinnovo in favore del concessionario uscente*, cit., 203-204, 220, la quale ritiene l’iscrizione in tale albo fondamentale per evitare – come accaduto nella sentenza oggetto dell’approfondito commento – che la qualifica possa essere attribuita a locali che non integrano valori immateriali (sul punto si v. anche nota 23 e 26 del presente lavoro).

<sup>105</sup> *Id.*, *op. cit.*, 207-208.

<sup>106</sup> Per l’analisi dei casi più importanti vagliati dal giudice amministrativo, A. Mansi, *Il vincolo di destinazione di attività aventi interesse storico o culturale nei centri storici*, in *Riv. giur. edil.*, 1993, II, 101 ss.

«bottega storica»<sup>107</sup> o «negozio storico»<sup>108</sup> che, secondo un orientamento del Consiglio di Stato, sono delle nozioni speculari rispetto a quella di «locale storico», eppure non identiche. Mentre botteghe e negozi si configurano come esercizi artigianali o di vendita al dettaglio caratterizzati non dal particolare pregio dell'edificio ma dalla continuità merceologica, i «locali storici» ospitano «gli esercizi artigianali e commerciali aperti al pubblico che hanno valore storico, artistico, culturale e testimoniale»<sup>109</sup>.

Senonché, oggi, questa contrapposizione non pare più decisiva se si considera che l'art. 52, c. 1-*bis*, attribuisce al comune<sup>110</sup> il potere di individuare gli esercizi artigianali e commerciali espressione «dell'identità culturale collettiva»<sup>111</sup>, senza differenziare tra la continuità merceologica, il pregio degli arredi, le connessioni con le tradizioni storico-culturali del luogo. In breve, ai sensi dell'art. 52, c. 1-*bis*, i comuni sembrano poter riconoscere il carattere culturale dei locali tanto per la semplice anzianità dell'esercizio commerciale e/o artigianale quanto per la loro capacità di rappresentare un'arte o una testimonianza sotto il profilo storico-artistico per la comunità di riferimento.

## **5. La protezione delle attività tradizionali nei regolamenti comunali**

Fatta questa doverosa premessa, si può ora procedere ad un'analisi più puntuale dei regolamenti (e di alcune delibere) comunali per verificarne il grado di cogenza rispetto alle attività artigianali e commerciali tradizionali.

Muovendo secondo un ordine crescente di vincolatività, sono rinvenibili tre categorie di regolamenti.

La prima si riferisce agli atti amministrativi che salvaguardano i locali solo a seguito di una richiesta da parte del privato. È il caso, ad esempio, dei regolamenti comunali di Parma del 5 dicembre 2008, n. 121/26<sup>112</sup>, di

<sup>107</sup> Ad esempio, i regolamenti di Napoli, Palermo, Verona, Piacenza (*infra*).

<sup>108</sup> Si tratta, in questo caso, della delibera del Consiglio comunale di Roma del 1° febbraio 2010, n. 7.

<sup>109</sup> Cons. St., sez. V, 25 marzo 2019, n. 1933.

<sup>110</sup> Come detto, pur di intesa con la regione, secondo gli insegnamenti di C. cost. n. 140/2015.

<sup>111</sup> Il Consiglio di Stato, pur menzionandolo, non poteva basare la propria decisione sull'art. 52, c. 1-*bis*, aggiunto al codice Urbani nel 2013, perché la delibera impugnata oggetto della causa era stata adottata nel 2012.

<sup>112</sup> Artt. 6, c. 4, e 8, del regolamento.

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

Napoli del 24 novembre 2014, n. 67<sup>113</sup>, di Palermo del 24 maggio 2013<sup>114</sup>, tutti accomunati dal criterio dell’attività esercitata in modo continuativo per cinquant’anni all’interno dello stesso locale. Questa primo gruppo non desta particolare interesse, perché la presentazione dell’istanza da parte del gestore (o del proprietario dell’edificio) per il riconoscimento del valore culturale del locale esclude il potere dell’amministrazione di imporre il vincolo sul bene materiale ed immateriale<sup>115</sup>.

Appartengono alla seconda categoria gli atti che richiedono comunque l’attivazione del privato ma, una volta riconosciuto il carattere storico del locale, i vincoli sono molto rigorosi.

Si veda, ad esempio, l’art. 8, c. 2, del regolamento per l’esercizio delle attività commerciali ed artigianali del comune di Roma (approvato nel 2018), il quale stabilisce che, in caso di chiusura definitiva dell’attività tutelata, nei «negozi storici» è consentita esclusivamente l’attivazione dell’attività commerciale o artigianale appartenenti al medesimo settore/tipologia. Per la definizione di «negozi storici», l’art. 8, c. 1, lett. *n*), del regolamento rinvia alla delibera del consiglio comunale del 1° febbraio 2010, n. 10, il cui art. 1, lett. *c*), ricorda che sono «negozi storici di eccellenza» le imprese artigianali che hanno svolto per più di settant’anni, e per tre generazioni consecutive all’interno dello stesso locale, un’attività di vendita al dettaglio e produzione inerente allo stesso genere merceologico; se cessa l’esercizio, il divieto di subentro di «altre diverse attività» è confermato dalla successiva lett. *d*). Lo stesso divieto è ribadito anche all’art. 7 della delibera: «nel caso in cui venga a cessare l’attività di un negozio storico di eccellenza, negli stessi locali è consentita esclusivamente l’attivazione di un’attività *identica* [...] ovvero l’attivazione della *medesima* attività cessata».

È da menzionare anche il regolamento di Verona approvato nel 2011, che individua i locali storici per anzianità (oltre che per pregio). Ai sensi dell’art. 5, l’anzianità si forma in presenza di tre criteri cumulativi, che devono perdurare per almeno quarant’anni: il trattamento dello stesso genere merceologico, l’ubicazione dell’attività nel medesimo locale e – soprattutto – la medesima titolarità dell’esercizio. L’art. 6 specifica che il criterio della medesima titolarità è rispettato quando l’attività viene svolta in modo continuativo (come detto, da almeno quarant’anni) da parte dello stesso titolare, essendo al più consentito il subingresso per successione ereditaria o la ces-

<sup>113</sup> Art. 6 del regolamento.

<sup>114</sup> Art. 5 del regolamento.

<sup>115</sup> Una impostazione simile è stata adottata anche dalla delibera di giunta del comune di Milano dell’11 ottobre 2004, n. 154.

sione dell'azienda a favore del coniuge, tra parenti in linea retta o affini entro il terzo grado<sup>116</sup>. In breve, il regolamento di Verona è particolarmente incline a valorizzare i profili identitari, perché non si limita a prevedere – con riferimento alle sole «botteghe storiche» “per anzianità”<sup>117</sup> – la continuazione della medesima attività dal punto di vista oggettivo, ma anche soggettivo.

La terza categoria comprende gli atti amministrativi il cui grado di coerenza è massimo, in quanto il procedimento per il riconoscimento del vincolo può avvenire anche d'ufficio ed i vincoli alle attività sono rigorosi.

I casi più eclatanti sono però rinvenibili nel regolamento di Firenze sulle «attività economiche, storiche e tradizionali fiorentine», approvato con deliberazione comunale del 25 giugno 2018. L'art. 4, c. 3, prevede che l'inserimento delle attività all'interno dell'apposita lista possa avvenire sia su istanza di parte sia d'ufficio, anche per tramite di segnalazione proveniente da terzi; inoltre, mentre l'art. 7, c. 1, vieta la trasformazione delle attività qualificate come «eccellenze storiche», il c. 3, in caso di cessazione dell'attività da parte dell'imprenditore, obbliga il proprietario dell'immobile ad individuare quale affittuario, o utilizzatore del fondo a qualsiasi titolo, una nuova impresa che svolga attività *similare* a quella cessata. Ovviamente, l'aggettivo «similare» si presta ad interpretazioni, ma pare evidente che la *ratio* della norma sia quella di salvaguardare il più possibile la continuità con il mestiere precedente.

Ancora, il regolamento di Piacenza per la tutela e la valorizzazione delle «botteghe storiche», approvato nel 2007, richiede per il riconoscimento che la medesima attività sia svolta nello stesso negozio da almeno quarant'anni (vincoli previsti all'art. 3 e poi ribaditi all'art. 14); l'art. 4, c. 2., ne ammette, inoltre, l'individuazione (anche) d'ufficio, a dimostrazione dell'elevato grado di coerenza dei vincoli ivi definiti<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> In realtà, il subingresso comprende altresì l'ipotesi del conferimento d'azienda in società di persone o capitali, fermo restando però che il legale rappresentante deve essere il coniuge o un parente in linea retta entro il quarto grado del titolare o un affine entro il terzo grado.

<sup>117</sup> Le stesse previsioni, infatti, non sono confermate con riguardo alle «botteghe storiche» “per pregio”, le quali richiedono la sola presenza degli arredi tradizionali all'interno ed all'esterno del negozio, specificando che il riconoscimento in questione prescinde dalla continuità per quarant'anni di attività nello stesso locale (art. 8).

<sup>118</sup> Per di più, la lettura del regolamento suscita alcune incertezze, che vengono qui riproposte a titolo di semplice suggestione. L'art. 14 prevede l'obbligo di prosecuzione dell'attività nella stessa sede e con le stesse modalità, vincolo che sorge a seguito «dell'iscrizione all'albo». Analoga vicenda si presenta per i subentranti: l'art. 12 consente loro di esternare la volontà se continuare (o meno) l'attività, demandando dunque la possibilità di scegliere se lavorare in un locale che possa continuare a considerarsi storico. Ma questa impostazione parte evidentemente dal presupposto che l'iscrizione all'albo avvenga su istanza di parte.

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

L’analisi, pur breve, consente di rilevare che, a fronte di alcuni atteggiamenti più prudenti, in base ai quali il vincolo della “storicità” è apponibile solo a seguito di un’apposita richiesta del privato, alcune amministrazioni comunali si mostrano senza dubbio più audaci nella tutela dei locali e delle relative attività, su tutte quella di Firenze<sup>119</sup>. Le tempistiche forse non sono casuali, considerando che l’approvazione del regolamento fiorentino (2018) è avvenuta dopo l’entrata in vigore dell’art. 52, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 42/2004, quindi successivamente alla definizione della base giuridica che permetterebbe di aprire ad una specifica protezione per le attività tradizionali *in se*<sup>120</sup>.

Ora, non è dato sapere se il comune di Firenze abbia promosso questa politica perché realmente consapevole della possibile interpretazione innovativa di cui all’art. 52, c. 1-*bis*; fatto sta, però, che le disposizioni fiorentine sembrano legittimate da una fonte legislativa su cui non potevano fare affidamento tutti quei regolamenti comunali anteriori al 2013 (anno di introduzione dell’art. 52, c. 1-*bis*), i quali non ammettono il procedimento d’ufficio per l’individuazione dei locali storici<sup>121</sup>.

In breve, la norma del codice Urbani potrebbe consentire ad altri comuni di seguire l’esempio del capoluogo toscano<sup>122</sup>.

## 6. La salvaguardia del patrimonio immateriale nei locali storici tra microzonizzazione e un necessario compromesso

Si è detto che la destinazione specifica del locale storico può condurre alla tutela dell’attività tradizionale ivi realizzata configurante l’*unico* uso possibile di quell’edificio, immaginando un vincolo non esclusivamente reale,

Tuttavia – si è detto – l’iscrizione sarebbe possibile anche d’ufficio *ex art.* 4, c. 2: eppure, con riferimento a questa situazione, il regolamento nulla prevede in caso di subingresso, lasciando irrisolto il dubbio se il subentrante sia libero di scegliere se proseguire nello svolgimento di quella specifica attività o, al contrario, sia obbligato in tal senso.

<sup>119</sup> L’importanza del modello del regolamento fiorentino era già segnalata da T. Bonetti, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, cit., 387-388.

<sup>120</sup> Ed in effetti, l’art. 52, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 42/2004, è richiamato dall’art. 1 del regolamento fiorentino.

<sup>121</sup> Eppure, questa riflessione non è sempre valida. Basti considerare il regolamento di Roma (2018), che pur ammettendo una tutela marcata per le attività tradizionali, non promuove procedimenti d’ufficio per l’apposizione del vincolo.

<sup>122</sup> Per completezza, si richiama anche la delibera della giunta regionale della Lombardia del 15 aprile 2019, n. 16, che all’art. 2, all.A, attribuisce agli enti locali il potere di segnalare la presenza di eventuali negozi storici alla direzione regionale competente per materia, alla quale spetta la decisione, secondo uno schema in cui la volontà del privato appare recessiva.

ma che vada a salvaguardare anche il patrimonio immateriale costituito dai saperi e dalle tecniche umane<sup>123</sup>.

Tuttavia, questo meccanismo – oltre alle incertezze di ordine costituzionale sopra ricordate – può essere oggetto di contestazioni anche sul versante della pianificazione urbanistica, in particolare con riguardo alla c.d. “microzonizzazione”; la tecnica, usata per dettare discipline specifiche nell’ambito di una zona omogenea più estesa, è ritenuta di per sé legittima dal Consiglio di Stato, ma è censurata quando viene utilizzata per imporre vincoli su singoli immobili o porzioni degli stessi<sup>124</sup>. L’azione condurrebbe verso l’esito (non auspicato da questa giurisprudenza) di tutelare le attività tradizionali *in se*: «nella sostanza, la “zona” finisce con il coincidere con un punteggiamento che riguarda singoli esercizi [...] per i quali si consentono soltanto taluni utilizzi, in continuità con quelli preesistenti»<sup>125</sup>.

È bene quindi capire se questo orientamento configuri un ostacolo insormontabile per la salvaguardia dei mestieri nei locali storici o, al contrario, possa essere riconsiderato.

Invero, le posizioni del Collegio non sembrano decisive per impedire un vincolo su un immobile dal valore storico che si rifletta nella tutela dell’esercizio commerciale o artigianale: infatti, leggendo le pronunce, emerge come il ragionamento dei giudici sia costruito su un presupposto anacronistico, perché basato su un modello normativo diverso da quello attualmente in vigore.

Più precisamente, la sentenza n. 3255/2013 afferma che non esiste nel

<sup>123</sup> Evidentemente la vincolistica si adatta meglio alle cose materiali, meno a quelle immateriali. Così anche C. cost. n. 388/1992, § 4.

<sup>124</sup> Cfr. su questi profili, P. Carpentieri, *Decoro urbano e tutela e promozione dei locali storici e delle attività tradizionali*, cit., 197-198, che richiama la pronuncia Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3255, per un cui breve inquadramento si rinvia alla nota successiva. L’A. svolge le medesime considerazioni in *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici*, in *giustamm.it.*, cit., § 1.

<sup>125</sup> Così Cons. St., sez. n. 3255/2013, e, più di recente, negli stessi termini, Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 844. Nello specifico, Cons. St., n. 3255/2013, pur confermando il potere del comune di operare microzonizzazioni e dettare discipline di dettaglio nell’ambito di una zona omogenea più estesa, ha ritenuto illegittimo modellare questo strumento al fine sviato di imporre vincoli su singoli immobili, in stretta attinenza con la loro attuale destinazione. Questo utilizzo del potere urbanistico comunale si spingerebbe, dunque, oltre la soglia della proporzionalità utilizzando la regolazione pubblica per determinare l’uso della proprietà privata (cfr. anche P. Carpentieri, *Decoro urbano*, cit., 198). La sentenza n. 844/2016, invece, richiama i passaggi principali della precedente per motivare il diniego per la regione ed il comune, nello svolgimento della loro attività pianificatoria, di apporre un vincolo architettonico puntuale su un determinato immobile privato, situato in prossimità di un complesso culturale, perché la legislazione nazionale non ammette questo tipo di competenza.

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

nostro ordinamento una norma che attribuisca ai comuni il potere di imporre un vincolo sull'utilizzazione dei singoli beni in cui si svolgono attività di natura culturale, competenza eventualmente spettante ai livelli di governo superiori<sup>126</sup>. Da parte sua, la sentenza n. 844/2016 (che richiama in gran parte la precedente) vieta agli enti locali di vincolare un singolo immobile attraverso gli strumenti della microzonizzazione, con la motivazione che «gli enti locali non possono imporre un vincolo su un singolo immobile se non a costo di una sovrapposizione di poteri di cui non c'è traccia nella legislazione nazionale»<sup>127</sup>.

Entrambe le pronunce esaminano provvedimenti amministrativi anteriori al 2013, anno di entrata in vigore dell'art. 52, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 42/2004, quindi non possono dirsi errate per il principio del *tempus regit actum*. Ciò nonostante, le nette affermazioni dei giudici stonano con il contenuto della disposizione introdotta nel codice; se quelle sono le motivazioni per vietare la microzonizzazione in capo ai comuni, oggi non sembrano più così solide, perché l'art. 52, c. 1-*bis*, va proprio nella direzione di attribuire loro il potere di individuare i locali di valore storico-culturale meritevoli di salvaguardia, sentito il soprintendente<sup>128</sup>. Se il problema era dovuto al timore di invadere competenze dei livelli superiori di governo, si è trovata la soluzione.

C'è dunque traccia nella legislazione vigente dei poteri con cui il comune può vincolare l'uso di un immobile di pregio storico-artistico, anche nella prospettiva di tutela dell'esercizio attuale, tesi che invece poteva giustamente sembrare sproporzionata se contestualizzata nel precedente quadro normativo<sup>129</sup>.

Per essere legittima, però, la microzonizzazione richiede di essere accompagnata da una motivazione puntuale<sup>130</sup>, da ricondursi alla specificità del fatto, elemento che ancora una volta si lascerebbe preferire. In questo modo, infatti, verrebbe prevenuto (o comunque contrastato) il rischio che il ricorso alla microzonizzazione risponda allo sterile tentativo di definire una pianificazione eccessivamente “illuminista”, che razionalizzi l'uso degli spazi sino ad imporsi sistematicamente sui singoli immobili, causando una eccessiva museificazione del centro storico e precludendone il fisiologico sviluppo<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> Cons. St., n. 3255/2013, §§ 2.3.2., 2.3.3. e 2.3.4., che infatti esaminano gli artt. 1 e 2, l. n. 1089/1939 e l'art. 6, d.lgs. n. 114/1998.

<sup>127</sup> Cons. St., n. 844/2016, come si può leggere alle pagine 28-29 della sentenza.

<sup>128</sup> E, come auspicato da C. cost. n. 140/2015, d'intesa con la regione, salve le perplessità che l'arresto ha suscitato in dottrina.

<sup>129</sup> Per tutti, M. Cermel, *Attività economiche e beni culturali*, cit., 101 ss.

<sup>130</sup> Cons. St., n. 844/2016, § 4.5.; TAR Catania n. 2297/2015.

<sup>131</sup> P. Carpentieri, *Decoro urbano*, cit., 198.

## 7. Le attività tradizionali tutelabili mediante apposizione del vincolo in positivo ai sensi dell'art. 52, c. 1-bis

Si è detto che ai sensi dell'art. 52, c. 1-bis, sono tutelabili i locali storici che ospitano le attività tradizionali intese come di carattere commerciale ed artigianale.

Tuttavia, sorge il dubbio che, pure all'interno di questo novero, il vincolo in positivo non sia apponibile a qualsiasi tipologia di esercizio.

Se la finalità è quella di proteggere il patrimonio immateriale, inteso come complesso di conoscenze ed abilità tecniche tramandate da generazioni e difficilmente replicabili, l'impressione è che il vero oggetto del vincolo in positivo siano le attività della tradizione artigianale, molto spesso consistenti in raffinate manifestazioni di abilità tecnico-artistica. Ne rimarrebbero esclusi, invece, quegli esercizi in senso stretto commerciali, caratterizzati dalla sola continuità merceologica, elemento che non sembra sufficiente per integrare il concetto di "saperi" nel senso sopra detto: infatti, tali attività, benché legate al territorio, non consistono in specifiche abilità tecniche né sono difficilmente replicabili da parte di terzi, per cui l'imposizione del vincolo in positivo *ex art. 52, c. 1-bis*, sembrerebbe meno ragionevole<sup>132</sup>.

Dubbi maggiori insistono con riguardo alle attività commerciali, relative a qualsiasi genere merceologico, radicate nei locali di particolare pregio storico-artistico, o comunque rappresentative di fatti storico-culturali specifici, che presentano un'intima connessione con l'esercizio ivi svolto. In tal caso, il vincolo in positivo non sarebbe posto tanto per l'attività *in se* quanto, piuttosto, per le caratteristiche dell'edificio, che avrebbe "assorbito" i valori legati all'esercizio continuativo del tempo; la valutazione discrezionale dell'amministrazione appare particolarmente difficoltosa ed il percorso motivazionale piuttosto complesso, perché l'attività professionale non presenta elementi intrinseci di rilievo tecnico-artistico. Non per questo, tuttavia, il vincolo in positivo sarebbe di per sé illegittimo, stante la teorica applicabilità dell'art. 52, c. 1-bis anche alle «attività commerciali tradizionali».

<sup>132</sup> È forse questa la sola circostanza in cui sarebbe ancora significativa la contrapposizione tra "locali storici" e "negozi (o botteghe) storici" proposta dal Consiglio di Stato (§ 4.), per cui il vincolo in positivo sarebbe legittimo solo se riferito ai primi, in quanto luogo di attuazione di un'attività che costituisce patrimonio culturale immateriale, ma non ai secondi, in cui si svolge un esercizio continuativo nel tempo, ma che non integra un livello sufficiente di "culturalità", inteso come insieme di valori storico-artistici, considerato che la sua replicabilità appare ben meno difficoltosa rispetto all'esercizio dell'attività artigianale.

## la salvaguardia delle attività tradizionali nei c.d. “locali storici”

In conclusione, oggi sembrano esistere gli strumenti per proteggere in modo più convinto le arti, le tecniche e i mestieri della tradizione culturale, costituenti una delle maggiori ricchezze del nostro Paese.

Certo, la salvaguardia dei locali storici e del loro “contenuto” richiede un’accurata ponderazione per trovare un equilibrio tra l’identità e la trasformazione del “cuore” delle nostre città. Enfatizzare in modo assoluto la prima a discapito della seconda non è una scelta opportuna, perché il ricorso estremizzato al vincolo non consente di catturare il divenire sociale, con possibili ricadute negative anche sull’indotto economico della realtà locale<sup>133</sup>. Nondimeno, ai comuni è chiesto di costruire un equilibrio tra identità e trasformazione dei centri storici al fine di preservare un ingente patrimonio immateriale a rischio d’estinzione: responsabilità non da poco per la politica locale, che però trova il sostegno attivo della soprintendenza, il cui coinvolgimento dovrebbe anche rassicurare sotto il profilo delle competenze di ordine costituzionale nell’imposizione del vincolo in positivo.

### *Abstract*

*The papers aims at examining the power executed by the Municipality to define a constrain in positive on the so called “historical places”, thus promoting the prosecution of specific trade and artisan activities which belong to the cultural tradition and represent an identity factor for the community. The main issues relating to such a solution are constitutional in nature considering that the obligation to continue a certain activity in a specific building may be in contrast with both the owner property right and the freedom of economic initiative.*

*Nevertheless, a different interpretation of art no. 52, c. 1-bis, d.lgs. n. 42/2004 is possible, in line with art. 9 of the Italian Constitution and the intangible cultural heritage. According to this interpretation, the Municipality, in agreement with the Superintendency, disposes of the legal tools to place stringent conditions on historical places, which substantially consent the continuation of a unique artisan activity.*

<sup>133</sup> ID., *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici*, cit., § 1.



# OPINIONI

ALDO SANDULLI

## LA SCOMMESSA DEL PNRR PER IL RILANCIO DEGLI ISTITUTI TECNICI SUPERIORI (ITS)\*

SOMMARIO: 1. Porre rimedio ai dati sull'istruzione. – 2. Le misure del PNRR sull'istruzione. – 3. La scommessa del PNRR sugli Istituti tecnici superiori (Its). – 4. La scarsa disciplina vigente in tema di Its. – 5. Il disegno di legge in tema di Its. – 6. Conclusioni.

### 1. Porre rimedio ai dati sull'istruzione

Sono numerosi i dati sull'istruzione italiana che non inducono a prospettive ottimistiche.

La dispersione scolastica e la povertà educativa, in Italia, raggiunge livelli tra i più elevati rispetto agli altri paesi europei: secondo dati EUROSTAT del 2020, il 13% della popolazione tra i diciotto e i ventiquattro anni ha lasciato la scuola precocemente, fermandosi alla scuola secondaria di primo grado. Il livello di istruzione secondaria è inferiore di circa un terzo alla media dei paesi europei (in Italia, soltanto poco più del 62% della popolazione tra i venticinque e i sessantaquattro anni vanta un diploma di istruzione secondaria superiore, mentre in Germania si sfiora l'87%). Per non parlare del livello di istruzione terziaria che è tra i più bassi nel continente (meno del 20%, contro il 33% della media europea). Le conoscenze di base, sia sul piano delle scienze umane sia delle scienze esatte, sono sotto la media OCSE e spesso sono tra le cause principali di abbandono degli studi. I rapporti OCSE-PISA attestano che gli studenti italiani della scuola secondaria hanno consistenti difficoltà nell'argomentare, dibattere, risolvere problemi. L'elemento che rende ancora più complicata la situazione è che il Paese è chiaramente spaccato in due, perché nel Settentrione la situazione è decisamente migliore, mentre nel Meridione è grave.

\* L'autore è consigliere giuridico del Ministro dell'istruzione *pro tempore*. Le opinioni contenute nel presente scritto sono espresse a titolo personale.

A questi dati, vanno sommate le disfunzioni di sistema relative: 1) all'età avanzata del personale della scuola; 2) alla endemica precarizzazione (e, di conseguenza, alla spinta per la stabilizzazione) del personale docente a tempo determinato; 3) alla "tempesta" burocratica che impegna perennemente le energie delle istituzioni scolastiche autonome in carenza di personale con adeguate competenze amministrative; 4) alle notevoli responsabilità che sono chiamati ad assumersi i dirigenti scolastici, nonostante la limitata capacità decisionale, temperata da una governance della scuola, attraverso organi collegiali, che da decenni richiede una riforma; 5) all'indebolimento costante degli Uffici Scolastici Regionali, i quali, oltre a rispondere spesso più all'indirizzo politico regionale che a quello statale, non sono più in grado di fungere efficacemente (come un tempo i Provveditorati agli studi, a livello provinciale) da punto di collegamento tra il centro ministeriale e gli istituti che erogano il servizio scolastico; 6) alla sempre più significativa carenza del personale ispettivo della scuola (i c.d. dirigenti tecnici), attualmente ridotti a poche decine in Italia, a testimonianza della graduale erosione dei corpi tecnici nelle pubbliche amministrazioni della penisola; 7) alla inflazione e frammentazione normativa in tema di istruzione, che rendono estremamente complicato orientarsi nella selva di norme che disciplinano la materia; 8) al basso investimento percentuale, rispetto al PIL, confrontato con quello di quasi tutti i paesi maggiormente industrializzati.

In questo quadro serio, vi è da chiedersi quale sia e quale possa essere il ruolo dell'innovazione tecnica e se tale ruolo possa contribuire a un'accelerazione del percorso di rilancio del sistema di istruzione.

Un rilancio necessario, perché, come è risaputo, la ricchezza delle nazioni poggia in gran parte sul livello di istruzione dei suoi cittadini e sulla capacità di innovazione delle imprese.

## **2. Le misure del PNRR sull'istruzione**

È evidente che l'ipotesi di ripresa è principalmente legata, nel medio periodo, al successo delle misure contenute nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). Val la pena, quindi, prendere le mosse, anche in materia di istruzione, da questi interventi.

La missione 4 del PNRR, dedicata all'istruzione e alla ricerca, stanziava buona parte dei circa trentuno miliardi di investimenti su progetti miranti a stimolare l'innovazione e a rafforzare il legame tra istruzione e lavoro, imprese, industria.

## la scommessa del pnrr per il rilancio degli istituti tecnici superiori

Accanto a necessari e fondamentali interventi per la creazione di nuovi asili nido, per la riduzione dei divari territoriali, per il dimensionamento della rete scolastica, per il reclutamento e la formazione degli insegnanti, infatti, l'intervento più importante previsto per il miglioramento qualitativo e l'ampliamento quantitativo dei servizi di istruzione e formazione è costituito dalla riforma degli Istituti tecnici superiori (gli ITS), che costituisce un punto nodale di incontro, sul piano dell'innovazione tecnologica, tra istruzione e imprese.

Prima di fermarsi in dettaglio su tale previsione, pare opportuno rilevare che il PNRR spinge molto sul rapporto, da far divenire sempre più stretto, tra innovazione tecnologica e impresa. Un nesso che è mancato per troppo tempo, anche a causa del particolare tessuto imprenditoriale italiano, ma che è assolutamente necessario per poter competere sul piano internazionale, in particolare in periodi di crisi economico-finanziaria.

Si considerino, tra le altre, le seguenti misure.

Sulla formazione degli insegnanti, si prevede un investimento relativo alla Didattica digitale integrata (non la DAD, quindi, ma uno strumento che integra didattica in presenza e a distanza), in modo da accompagnare la transizione digitale del personale scolastico. Si tratta di un passaggio importante, perché, senza un'educazione digitale accessibile, inclusiva e intelligente, il passaggio verso l'integrazione dei metodi di insegnamento è destinato a fallire. Il tentativo del Piano è di creare «un ecosistema delle competenze digitali, in grado di accelerare la trasformazione digitale dell'organizzazione scolastica e dei processi di apprendimento e insegnamento»; ciò al fine di predisporre «un sistema multidimensionale per la formazione continua dei docenti e del personale scolastico per la transizione digitale, articolato in un polo di coordinamento sull'educazione digitale promosso dal Ministero dell'istruzione».

L'idea è di attrezzarsi per la formazione digitale degli insegnanti, non per sostituire la didattica in presenza, ma per affiancare la didattica digitale a quella in presenza. La digitalizzazione favorisce anche una serie di opportunità, che prima richiedevano un intenso apparato organizzativo: ad esempio, oggi si possono coinvolgere in una lezione in un Master universitario i maggiori esperti mondiali; si possono organizzare riunioni e convegni tra studiosi delle più disparate parti del mondo; tutto ciò senza le defatiganti trasferte di un tempo.

Oltre che investire sulla formazione del personale, è necessario anche trasformare i luoghi dell'apprendimento. Una parte degli investimenti sulle infrastrutture sarà dedicata alla Scuola 4.0 e, cioè, alle scuole innovative, dotate di nuove didattiche e laboratori. Il tentativo è quello di trasformare,

cito ancora dal Piano, gli «spazi scolastici affinché diventino *connected learning environments* adattabili, flessibili e digitali, con laboratori tecnologicamente avanzati e un processo di apprendimento orientato al lavoro». Circa centomila classi saranno oggetto di questa trasformazione tecnologica; la creazione di laboratori per le professioni digitali nel II ciclo; la digitalizzazione delle amministrazioni scolastiche; il cablaggio interno di circa quarantamila edifici scolastici.

Ovviamente, questo obiettivo richiede di ripensare l'istruzione scolastica a partire proprio dagli spazi e dai luoghi di apprendimento. E questo dovrà, partendo proprio dai fondi del PNRR, prevedere consistenti investimenti infrastrutturali per una nuova scuola che investa anche i luoghi dell'istruzione.

L'ultima misura volta a connettere innovazione e istruzione riguarda il potenziamento dei dottorati di ricerca, attraverso l'estensione dei dottorati e, in particolare, dei dottorati innovativi. Dottorati che rispondano ai fabbisogni di innovazione delle imprese e promuovano l'assunzione dei ricercatori nelle imprese, ma anche dottorati per la pubblica amministrazione (soprattutto su competenze STEM) e il patrimonio culturale. In Italia, soltanto una persona su mille completa il ciclo di dottorato, mentre in Germania giunge a questo risultato una persona su cinquecento. Il dato più preoccupante, poi, è quello dell'emigrazione di coloro che giungono ai livelli più elevati della formazione scientifica, perché un dottore di ricerca su cinque trova lavoro all'estero.

Insomma, il tentativo è quello di elevare complessivamente il livello di istruzione attraverso soprattutto lo sviluppo delle competenze STEM.

Vi sono studi che dimostrano come le competenze richieste dal mondo del lavoro, nei prossimi anni, saranno soprattutto legate all'innovazione e al digitale.

### **3. La scommessa del PNRR sugli Istituti tecnici superiori (ITS)**

Per quanto riguarda il rilancio del sistema di istruzione nella direzione dell'innovazione e della competitività, una parte del successo del PNRR sarà legato alla scommessa degli ITS. La Missione 4 del PNRR, relativa a istruzione e ricerca, scommette forte sugli ITS: prevede, infatti, maggiori investimenti per raddoppiare iscrizioni e laureati.

Ciò al fine di porre rimedio all'endemica carenza dell'istruzione terziaria in campo tecnico-professionale, che testimonia della difficoltà, rispetto ad altri paesi europei (ad esempio, la Germania, ma anche la Francia e la

## la scommessa del pnrr per il rilancio degli istituti tecnici superiori

Svizzera), di realizzare una efficiente filiera della formazione tecnico-professionale (TVET, *Technical Vocational Education and Training*).

Tale vuoto nell'istruzione terziaria non consente di fornire agli studenti IFTP, ma neppure agli studenti che abbandonano la scuola secondaria superiore o quelli che non si iscrivono o faticano nell'istruzione terziaria universitaria, di avere un servizio efficiente e un panorama completo dell'offerta formativa, soprattutto sul piano tecnico-professionale, con il conseguente effetto negativo, per il mondo del lavoro e della produzione, della carenza di personale professionale qualificato. Ne deriva, da un lato, che, per la mancanza di una adeguata offerta, non sempre gli studenti accedono all'istruzione secondaria superiore con una reale vocazione, talvolta interrompendo anticipatamente gli studi.

Le ragioni per le quali la segnalata filiera non ha, sin qui, prodotto i risultati attesi sono molteplici e di varia natura. In primo luogo, questa tipologia di formazione tecnico-professionale è stata oggetto di ghettizzazione, essendo stata considerata una formazione di ripiego e di livello inferiore. In secondo luogo, la materia è attualmente intrappolata, sotto il profilo competenziale, nell'intrico del riparto tra lo Stato (che può esercitare vari titoli di competenza, esclusiva e concorrente, e che si occupa dell'istruzione professionale) e le Regioni (che sono titolari di potestà concorrente e residuale e cui competono la istruzione e formazione professionale, IeFP), che non permette la efficace costruzione, in concreto, di un sistema integrato, nonostante i tentativi che il legislatore ha compiuto, con cadenza periodica. In terzo luogo, non sono state realizzate le necessarie forme di raccordo tra la formazione scolastica e il *lifelong learning*, che rappresenta uno tra i possibili modi di riqualificazione dell'adulto in caso di perdita dell'attività lavorativa, di ricerca della stessa, di alfabetizzazione di ritorno; in quarto luogo, non sono stati neppure realizzati efficaci collegamenti tra la formazione tecnico-professionale e il mondo del lavoro e della produzione.

A questo bisogna aggiungere che le imprese nazionali faticano a rinvenire tecnici di alta specializzazione in Italia, dovendoli assumere dall'estero.

Insomma, l'obiettivo che il PNRR si propone è di far sì che gli studenti delle scuole superiori che non proseguirebbero gli studi con un percorso terziario universitario si possano iscrivere a un percorso altamente tecnico e professionalizzante, fornendo, al termine del percorso, un livello di istruzione equiparabile al sesto livello EQF (del Quadro Europeo delle Qualifiche), cioè una laurea triennale, e, soprattutto, permettendo a molti giovani di trovare lavoro praticamente in via immediata, grazie al collegamento con le imprese del territorio e alla alta specializzazione tecnica acquisita.

Si tratta di attrarre gli studenti che interromperebbero gli studi senza perfezionarsi verso tecniche innovative e specialistiche, non di ripartirsi gli studenti che sono già iscritti alle università. Sarebbe fondamentale se si riuscisse a operare nella prima direzione, mentre, se si andasse nella seconda, si aprirebbe un conflitto per dividersi risorse scarse.

Si parte dal dato empirico per cui i poco più di centodieci Its diplomano attualmente poco più di cinquemila studenti l'anno. Sono numeri che denotano la residualità del modello. La scossa del PNRR, con l'ipotesi del raddoppio di iscritti e diplomati, è quindi necessaria per rilanciare questo tipo di istruzione terziaria.

Se l'obiettivo è quello di aggiungere una terza gamba funzionante alle due già esistenti, università e AFAM, è chiaro che un ombrello normativo primario di forgia parlamentare è necessario e preliminare.

#### **4. La scarna disciplina vigente in tema di Its**

Che cosa sono, innanzitutto, gli Its? Si tratta di un'offerta formativa terziaria professionalizzante e, quindi, gli Its si collocano al termine della scuola secondaria superiore (licei oppure istituti tecnico-professionali) e accanto alle università, con durata dei corsi di due o di tre anni.

Di fatto, gli Its hanno operato a partire dal 2010 per formare tecnici di alta specializzazione in aree strategiche per lo sviluppo economico e la competitività. Sono scuole di alta tecnologia strettamente legate al sistema produttivo, che preparano i quadri intermedi specializzati che nelle aziende possono aiutare a governare e sfruttare il potenziale delle soluzioni dell'impresa ad alta tecnologia. Ora, nonostante che più dell'ottanta per cento tra coloro che concludono questo percorso di studi trovi lavoro nei dodici mesi successivi, tale percorso di studi è praticamente sconosciuto (e questo dà anche un'idea del non sufficiente orientamento che viene fornito ai giovani nello scegliere i percorsi di studio più adatti alle proprie caratteristiche e vocazioni).

L'avvio carsico degli Its è emblematicamente rappresentato dalla disciplina che interessa gli stessi. A parte qualche cenno in atti di normazione primaria, difatti, la disciplina principale relativa agli Its è ancor oggi dettata da un d.P.C.M. del 2008 (il d.P.C.M. 25 gennaio 2008).

Attualmente sono poco più di centodieci gli Its presenti sul territorio nazionale (con una prevalenza nel Nord Italia) correlati a sei aree tecnologiche considerate "strategiche" per lo sviluppo economico e la competitività del Paese: l'efficienza energetica, la mobilità sostenibile, le nuove tecnologie della vita, le nuove tecnologie per il *made in Italy* (servizi alle

## **la scommessa del pnrr per il rilancio degli istituti tecnici superiori**

imprese, sistema agro-alimentare, sistema casa, sistema meccanica, sistema moda), le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, le tecnologie innovative per i beni e le attività culturali e il turismo.

Molto interessante è il modello organizzativo, perché gli Its sono realizzati secondo il modello organizzativo della fondazione di partecipazione, in collaborazione con imprese, università/centri di ricerca, enti locali, sistema scolastico e formativo. E questo è sintomatico della necessità di un sistema espanso e integrato che metta in filiera non soltanto tutti i cicli e i percorsi del sistema di istruzione, ma che sia strettamente connesso anche al lavoro, all'impresa, alla produzione, anche in modo da poter fare programmazione nei rispettivi settori.

Sotto questo profilo, un legame particolarmente stretto dovrà essere intessuto, perché l'operazione abbia successo, tra scuola, Its e università. Occorre creare dei meccanismi di comunicazione e di transito tra licei e Its e tra istituti tecnici e Its. Ed occorre armonizzare la formazione terziaria e creare passerelle tra università e Its nelle due direzioni. Sino ad ora, gli atenei hanno guardato agli Its come ad una minaccia, in particolare per i percorsi di specializzazione. In realtà, si tratta di una eccezionale opportunità di integrazione del sistema di istruzione, perché consentirebbe di sviluppare quel settore dell'innovazione tecnologica professionalizzante che da noi è quasi del tutto assente e che fornirebbe linfa decisiva al nostro sistema imprenditoriale.

Questa degli Its, ripeto, è tra le scommesse più significative del PNRR, perché può rappresentare una spinta formidabile per l'innovazione industriale del Paese.

Attualmente è in Parlamento un disegno di legge sul riordino degli Its<sup>1</sup>, il cui intento è di fornire un tessuto normativo primario alla materia e condurre verso una maggiore integrazione tra istruzione e lavoro.

### **5. Il disegno di legge in tema di Its**

La domanda che occorre porsi è se il disegno di legge n. 2333, attualmente all'esame del Senato, sia in grado di perseguire tale finalità.

Un primo problema che denota l'attuale stesura è di legittimità costituzionale dell'impianto, in particolare nella parte in cui si istituisce un Siste-

<sup>1</sup> Si tratta dell'A.S. 2333, all'esame della Commissione VII del Senato, testo già approvato dalla Camera dei deputati e derivante dall'unificazione delle proposte di legge nn. 544, 2387, 2692, 2868, 2946 e 3014, che giacevano presso tale Camera.

ma di istruzione e formazione tecnica superiore, che si presenta quale esito naturale del percorso di diploma professionale tecnico e che si compone di due componenti del Sistema: gli Its e i percorsi di istruzione e formazione tecnica superiore di competenza esclusiva delle regioni. Si tratta, è bene chiarirlo, di un impianto che è già prefigurato nel PNRR, per cui gli estensori del d.d.l. non hanno fatto altro che tradurre in disposizioni l'intento del Piano Nazionale presentato a Bruxelles. È chiaro, però, che la legge non può essere in contrasto con la Costituzione: si rischierebbe di andare ben presto incontro a un taglio negativo della Corte costituzionale.

Il disegno di legge, infatti, pare oltrepassare il confine, invadendo il territorio della potestà legislativa residuale regionale, poiché, costruendo il percorso come unitario, non è dato comprendere per quale ragione gli Its dovrebbero essere disciplinati nell'estremo dettaglio con legge statale (e perché lo Stato debba intervenire con propri provvedimenti attuativi), mentre gli altri percorsi di istruzione e formazione tecnica superiore resterebbero ad appannaggio regionale. L'attuale formulazione sembrerebbe violare, pertanto, l'art. 117, comma terzo, della Costituzione.

A Costituzione invariata, sembrerebbe più compatibile con l'assetto costituzionale del titolo V costruire un sottosistema autonomo degli Its, che si inserisca in un unitario Sistema nazionale, il Sistema nazionale integrato di istruzione. Ciò avrebbe senso, anche perché agli Its si può accedere non soltanto dallo sbocco naturale, che è quello degli istituti tecnico-professionali, ma comunque anche dai licei. E, non va dimenticato, è importante anche il ruolo degli Its ai fini del *lifelong learning* e, quindi, per perfezionare gli adulti già occupati o comunque in cerca di riqualificazione.

Ciò premesso, il disegno di legge è di estremo dettaglio, piuttosto pesante, e non pare ben sviluppato il cruciale rapporto, sul territorio, tra Its e imprese. Il meccanismo di attuazione a cascata prevede addirittura dieci distinti provvedimenti da adottare, con procedure e soggetti diversi coinvolti, mentre sarebbe consigliabile, visti i tempi ridotti richiesti dal PNRR, che l'attuazione sia garantita da un solo regolamento, di competenza del Ministero dell'istruzione.

L'approccio seguito è *top down*: il processo è calato dall'alto, è governato dall'amministrazione centrale, prevede l'introduzione di nuove strutture organizzative a livello nazionale con compiti di pianificazione (emblematico è l'art. 11, sul coordinamento nazionale, che riporta alla mente i modelli organizzativi della pianificazione degli anni Cinquanta e Sessanta dello scorso secolo).

Vi è un chiaro approccio volto a cristallizzare l'assetto strutturale e gli esiti formativi, lasciando poco spazio alla flessibilità e al territorio, che invece

## la scommessa del pnrr per il rilancio degli istituti tecnici superiori

dovrebbero avere un ruolo cruciale per due ragioni: la prima è che l'innovazione tecnologica – e, quindi, il perfezionamento tecnico-professionale – va inseguito quotidianamente, perché variano le esigenze di specializzazione; la seconda è che la mappa industriale italiana è estremamente varia e frastagliata, per cui la realtà imprenditoriale lombarda o veneta è ben diversa rispetto a quella calabrese o siciliana.

Il problema più serio del disegno di legge è probabilmente costituito dall'ingessatura strutturale che subisce il sistema degli Its.

Innanzitutto, ciascun Its risponderebbe a un assetto organizzativo stabilito *ex lege*, costruito sull'idea del *cluster* territoriale, mettendo insieme strutture di istruzione e imprese. Una siffatta struttura organizzativa ha senz'altro un connotato positivo. Vi è da chiedersi, però, se non si rischi di cristallizzare eccessivamente l'assetto organizzativo (e c'è da chiedersi anche cosa accada qualora venga meno *in itinere* uno tra gli elementi definiti «standard minimi di organizzazione»). Inoltre, se si prevede una struttura complessa, con molti soggetti che hanno voce in capitolo (una scuola, una università, un istituto formativo, una o più imprese, il comitato scientifico, il presidente, il segretario generale), non bisogna dimenticare come sia difficile trovare l'accordo tra tanti soggetti rispetto a una struttura che fondata su una catena di comando più lineare. Insomma, la struttura a *cluster* pone di fronte al rischio di somigliare troppo a un grande condominio, con tutto ciò che comporta sulla difficoltà di prendere decisioni e sulla facilità che sorgano conflitti e divergenze tra le varie componenti.

Il disegno di legge prevede, poi, un coordinamento nazionale, con l'intento di sviluppare il Sistema, composto da una notevole quantità di soggetti: parecchie decine di componenti, tra amministrazioni centrali, enti pubblici, parti sociali. Si tratta di un organismo che ha ben poche possibilità di funzionare efficacemente. Del Tavolo istituzionale paritetico tra Stato e Regioni, infine, pare non sentirsi proprio il bisogno, perché vi sono già strutture deputate a tali compiti.

Il punto di maggiore attrito, dal punto di vista politico e istituzionale, è dato dal rapporto tra Its e sistema universitario.

Come si è detto in precedenza, Its e università devono remare nella stessa direzione e, soprattutto, gli atenei devono rendersi conto che i primi non sono stati istituiti per fare concorrenza alle seconde, ma per consentire l'elevazione culturale e professionale di persone che non proseguirebbero con l'istruzione terziaria universitaria.

Ecco, quindi, che i meccanismi di raccordo tra le due aree divengono fondamentali, così come i meccanismi per definire gli standard organizzativi, le passerelle, i criteri per il riconoscimento dei crediti formativi certificati.

Solleva perplessità, ancora, il fatto che i presidenti degli ITS entrino a far parte dei comitati regionali di coordinamento delle università, perché finirebbero per rendere ancor più caotico il lavoro di tali organismi regionali.

C'è soprattutto da chiedersi quanti nuovi ITS saranno istituiti e, più a monte, se vi sia bisogno di istituire nuovi ITS, esistendone già più di centodieci operativi (le università, comprese le telematiche, superano di poco il centinaio). Sarebbe sufficiente prevedere nuovi percorsi, piuttosto che istituire nuovi soggetti.

Gli ITS, nei prossimi anni potranno utilizzare i finanziamenti del PNRR, ma, quando finiranno questi fondi europei, i nuovi e i vecchi ITS dovranno essere in grado di camminare con le loro gambe.

Ecco, da questo punto di vista, una oculata programmazione tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'istruzione andrebbe operata: con lo sguardo puntato al medio-lungo periodo.

Infine, dopo la divisione in due Ministeri, pare condivisibile che gli ITS siano restati entro i confini del Ministero dell'istruzione, trattandosi di un raccordo con la formazione tecnica-professionale, piuttosto che passare al Ministero dell'università: si evita così, soprattutto, che gli ITS vengano fagocitati dall'istruzione terziaria universitaria.

## 6. Conclusioni

Quella degli ITS è tra le scommesse più significative del PNRR, perché può rappresentare una spinta formidabile per l'innovazione industriale del Paese. Il raccordo tra scuola, imprese, istruzione terziaria può essere un volano decisivo per la ripresa economica. Molto ci sarà da lavorare sull'orientamento, per fornire agli studenti gli strumenti idonei per poter scegliere consapevolmente il percorso ITS; e ci sarà anche da predisporre adeguati meccanismi incentivanti (ad esempio, borse di studio) che possano avviare un circuito virtuoso di accesso a tale offerta formativa.

Bisogna, però, procedere in questa direzione con la dovuta cautela, individuando i modi e le forme di raccordo idonee a indirizzare verso questo obiettivo, per sviluppare adeguatamente ciò che non c'è e non porre a rischio ciò che già c'è.

## **la scommessa del pnrr per il rilancio degli istituti tecnici superiori**

### *Abstract*

*The essay aims to analyse NRRP measures in the field of education (Mission 4), with distinctive reference to those that impact on technological and scientific innovation.*

*In particular, the article examines the measures related to the reform of the Technical Institute of Higher Education (ITS) and analyses the most critical aspects of the draft law being examined by the Parliament. A relaunch of ITS would significantly enrich Italian tertiary education, closing a gap with other major European countries.*



# OPINIONI

LORENZO SALTARI\*

## LA SCUOLA ITALIANA NELLE RIFORME DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La formazione iniziale e il nuovo sistema di reclutamento. – 3. La Scuola di alta formazione. – 4. Classi troppo numerose. – 5. La dimensione delle scuole dotate di autonomia. – 6. La riforma degli Istituti tecnici superiori e degli istituti tecnici e professionali. – 7. Conclusioni (di metodo di lavoro).

### 1. Premessa

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) rispetto alla scuola reca investimenti e riforme. Questo breve contributo è incentrato sulle seconde. L'impegno assunto dall'Italia concerne sei direttrici. La prima riguarda la formazione iniziale e il sistema di reclutamento dei docenti. La seconda l'istituzione di una alta scuola che abbia la responsabilità di indirizzare la formazione continua di tutto il personale scolastico. La terza linea riformatrice si concentra sul problema rappresentato dalle classi con un numero troppo elevato di studenti. La quarta riforma è di assetto organizzativo generale e concerne le regole che presiedono al dimensionamento delle scuole autonome. La quinta riforma prevista nel Piano è relativa al rafforzamento degli Istituti tecnici superiori (ITS) finalizzato ad un consistente incremento del numero dei diplomati in questi istituti. L'ultima riforma si impernia sulla ristrutturazione degli istituti tecnici e professionali.

Già dalla sola descrizione delle riforme ci si può avvedere di un aspetto significativo. Gli interventi riformatori si appuntano su altrettanti nodi problematici della scuola italiana, sicché un miglioramento dell'assetto attuale di tutti questi aspetti è da ritenersi altamente auspicabile. Nondimeno, è pos-

\* L'Autore è *pro tempore* a capo dell'Ufficio legislativo del Ministero dell'istruzione. Le opinioni espresse nel presente contributo, pur essendo frutto dell'esperienza ministeriale, vanno considerate personali e non impegnano necessariamente l'amministrazione di appartenenza. Un ringraziamento va alla dott.ssa Camilla Bonadies che ha letto una prima versione dello scritto.

sibile osservare come il settore dell'istruzione non riesca ad uscire, neppure nel passaggio attuale per tanti versi da considerarsi epocale, dalla logica della manutenzione di singole parti del sistema e fare i conti con un complessivo ripensamento di sé stesso alla stregua della modificata geografia del lavoro (E. Moretti, *La nuova geografia del lavoro*, Milano, 2017), per la quale è necessario trasfondere alle nuove generazione la capacità di rinnovare costantemente la loro attitudine ad apprendere nuove conoscenze, tecniche, abilità.

Questo spunto, in realtà, scioglie in un senso una questione che non è necessariamente pacifica, ovvero quale sia la missione della scuola: costruire le competenze affinché una persona possa accedere e rimanere nel mercato del lavoro oppure formare una soggettività di un individuo sotto il profilo culturale, identitario, relazionale, affettivo. Si tratta di una dicotomia stilizzata, nella misura in cui i due obiettivi potrebbero almeno in parte essere compresenti, ma non avulsa dal dibattito pubblico. Si discute se sottrarre spazio alle materie umanistiche – che più delle altre concorrono a forgiare l'*animus* dei ragazzi – a vantaggio di insegnamenti tecnici (lo scienziato e Ministro della transizione ecologica Roberto Cingolani da ultimo è stato alfiere di questa tesi: “inutile studiare più volte le guerre Puniche! Serve infondere saperi tecnici!”). All'inverso, si sostiene che la formazione morale e sentimentale delle persone nell'età giovanile si sostanzia proprio grazie a quegli insegnamenti che si vorrebbe contenere a fronte di altri (il filosofo Umberto Galimberti ha replicato in questi termini a Cingolani) (C. Giunta, *E se non fosse una buona battaglia? Sul futuro dell'istruzione umanistica*, Bologna, 2017).

Di fondo, rimane inevaso il tema della revisione dei cicli scolastici, con particolare riguardo alla crisi della scuola media (la secondaria di primo grado) e all'eccessiva durata del secondo ciclo (la secondaria di primo e secondo grado) che porte gli studenti alle soglie della formazione terziaria in età avanzata. Da cui l'attenzione assunta dalla sperimentazione (ancora assai limitata) dei c.d. licei quadriennali (P. Bianchi, *Nello specchio della scuola. Quale sviluppo per l'Italia*, Bologna, 2020; M. Campione e E. Contu (a cura di), *Liberare la scuola. Vent'anni di scuole autonome*, Bologna, 2020; A.M. Poggi, *Per un “diverso” stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019).

Le riforme del PNRR si situano sul piano della utile e necessaria manutenzione, ma non toccano la revisione di struttura del sistema nazionale di istruzione. Questo approccio, certamente minimalista, è però duplicemente pragmatico. Per un verso, le riforme devono necessariamente essere realizzate entro i tempi indicati dal Piano a pena di incorrere nel de-finanziamento. Per altro verso, gli interventi strutturali richiedono una maturazione condivisa tra tutti gli attori che popolano il mondo della scuola. Va, altresì, consi-

derato che tale maturazione potrebbe ritenersi insufficiente se la dominante nella scuola continuerà ad essere la “autoreferenzialità lavoristica”.

Occorre spiegarsi meglio.

Fino a quando prevarrà l'idea per la quale la scuola è lo strumento per dare milioni di posti di lavoro in luogo della nozione secondo cui il sistema di istruzione è una funzione pubblica di cruciale delicatezza destinata ad una platea tanto ampia quanto lo sono le future generazioni di cittadini italiani (di nascita o meno), gli interventi radicalmente riformatori saranno rimandati (E. Galli della Loggia, *L'aula vuota. Come l'Italia ha distrutto la scuola*, Venezia, 2020; P. Mastrocola-L. Ricolfi, *Il danno scolastico. La scuola progressista come macchina della disuguaglianza*, Milano, 2021). Ne deriva che, allora, essersi dati alcuni obiettivi effettivamente conseguibili può ritenersi un esercizio di realismo apprezzabile. Ciò a condizione che si abbia piena consapevolezza della necessità di alzare l'asticella della difficoltà delle riforme già a partire dalla prossima legislatura. D'altronde fare i conti con gli interessi costituiti e organizzati e che tendono all'immobilismo è complicato e certamente va provato lontano dal ciclo elettorale per ragioni troppo evidenti per doverle spiegare oltre.

## 2. La formazione iniziale e il nuovo sistema di reclutamento

L'aver cancellato il modello di Formazione iniziale e tirocinio (FIT) senza averlo sostituito con un differente sistema formativo pone la scuola secondaria italiana in una condizione di forte e deteriore arretramento. Per accedere al concorso ordinario che consente l'immissione nei ruoli di insegnante è divenuto sufficiente il conseguimento di appena 24 CFU in materie antropo-psico-pedagogiche. Per insegnare bene non è sufficiente conoscere a fondo una disciplina (corrispondente alla classe di concorso). È necessario acquisire specifiche competenze sul piano della psicologia, della pedagogia, delle tecniche dell'insegnamento. Il superamento dell'approccio gentiliano è talmente consolidato da risultare una ovvietà. Il legislatore del 2017 col decreto legislativo n. 59 aveva immaginato un lungo percorso di formazione iniziale che avviene dopo il superamento del concorso ed è incentrato sul tirocinio (formazione *on the job*) e sullo studio universitario. È stato il modo per superare il sistema di Tirocinio formativo attivo anch'esso lungo e complicato, con l'inconveniente che l'aspirante docente che consegue il TFA non ha diritto ad una cattedra che otterrà solo dopo aver superato il concorso. Il legislatore del 2018 tra formazione iniziale *ex ante* (il TFA) ed *ex post* (il FIT) rispetto al momento del superamento del concorso

ha scelto di non prevedere nulla, proiettando la scuola secondaria italiana indietro di vent'anni.

Queste rapide battute di inquadramento del problema fanno emergere come sia imprevedibile ripristinare un modello di formazione iniziale dei docenti di scuola secondaria. Per la scuola primaria, infatti, la questione è stata risolta grazie alla istituzione di una laurea abilitante, ossia quella in scienza della formazione primaria. Questo modello non è replicabile, almeno *tout court*, per la scuola secondaria, perché in questa, a differenza della primaria, vi sono le classi di concorso in corrispondenza delle differenti materie presenti nel curriculum.

Accanto alla formazione iniziale si pone la questione dello snellimento delle procedure concorsuali ordinarie. Per stare al passo delle cessazioni e non avere così posti vacanti e disponibili scoperti attribuiti in supplenza annuale si deve poter contare su una macchina concorsuale capace di tempestività. Secondo questa linea il legislatore è intervenuto nel decreto Sostegni-bis. In quella sede, infatti, si sono semplificate le prove passando da due scritti a risposta aperta ad uno *computer based* a risposta chiusa. La semplificazione è chiara. Una sola commissione nazionale per la validazione dei quesiti in luogo della molteplicità delle commissioni per classe di concorso. Una sola valutazione automatizzata rapida ed oggettiva. Questa modalità è sottoposta a differenti ordini di critiche. C'è chi ironizza stigmatizzando il concorso a "crocette" che premierebbe i mnemonici penalizzando i bravi. C'è da altra parte chi lamenta un abbassamento del livello di selettività che sarebbe, di contro, garantito dallo scrivere per esteso due prove. Tutte considerazioni meritevoli di attenzione. Tuttavia, occorre fare i conti con la realtà e questa ci consegna un dato: negli ultimi vent'anni i concorsi ordinari sono stati fatti col contagocce. La loro farraginosità è un prezioso alleato per chi preferirebbe al concorso meccanismi di immissione in ruolo grazie al mero scorrimento di graduatoria.

Si giunge allora al punto di saldatura tra riforma della formazione iniziale e reclutamento. Serve una formazione alla professione di docente da svolgersi in parte all'università in parte a scuola, che sia davvero rigorosa e che sia in grado di formare una classe docente dalle robuste competenze. Va accettato un concorso più spedito che possa garantire un suo svolgimento annuale. La prevedibilità e la ciclicità del concorso hanno molteplici vantaggi. Consentono di coprire costantemente i posti di organico di diritto. Permettono ai giovani e ai precari di avere chance che si ripetono di entrare di ruolo. Permettono a tutti di programmare le proprie scelte professionali e di formazione. E poi non tutte le "crocette" sono uguali. Le scienze pedagogiche insegnano che a seconda del modo in cui sono concepiti i quesiti

## **la scuola italiana nelle riforme del piano nazionale di ripresa e resilienza**

si possono verificare differenti ordini di competenze. Circa la selettività di questa modalità bisogna pensare agli esiti del concorsino Stem dell'estate del 2021 che si è svolto con le modalità semplificate e la cui redazione dei quesiti è stata commissionata a prestigiosi istituti universitari. I vincitori del concorso sono stati in numero di gran lunga inferiore ai posti messi a bando, a dimostrazione di una selettività sussistente e che, anzi, a taluni è sembrata eccessiva.

Si tratta di ridisegnare la formazione iniziale. Dal mondo delle scienze pedagogiche viene l'idea di condensare in un programma corrispondente a 60 CFU le competenze necessarie all'aspirante insegnante. In questo pacchetto vi sarebbe un periodo di tirocinio diretto e indiretto non inferiore a 24 CFU. L'acquisizione di questi crediti formativi potrebbe avvenire in un anno successivo alla laurea oppure potrebbe essere diluita nel tempo consentendo agli studenti universitari di prendere questi crediti in parallelo agli studi disciplinari. Sempre per rimanere alla proposta, ogni ateneo potrebbe dotarsi di una struttura che organizza questa peculiare offerta formativa sulla quale ricadrebbe l'onere di svolgere una prova finale, il superamento della quale condurrebbe ad una abilitazione. Abilitazione che diverrebbe una condizione per l'accesso al concorso ordinario.

Un meccanismo che crea abilitati fuori da una programmazione di fabbisogno impone procedure concorsuali di reclutamento che riescano costantemente e con regolarità a smaltire questo stock. Infatti, un aumento considerevole di tale stock comporta il verificarsi del rischio, il reso concreto dall'osservazione storica, di spingere per un assorbimento in deroga alle procedure concorsuali. Tanto più che gli abilitati sono le figure cui si assegnano le supplenze annuali sui posti di diritto vacanti e disponibili.

### **3. La Scuola di alta formazione**

L'impegno dell'Italia nel PNRR è di elevare la competenza dei docenti per innalzare la qualità della scuola pubblica nazionale. Tra i fattori concausali del trentennio di scarsa crescita della produttività media nel Paese potrebbe ascrivere un decremento dell'efficacia formativa della scuola. Sicché l'attenzione alla formazione non si deve esaurire nel momento iniziale, ma deve accompagnare i docenti e il resto del personale della scuola durante tutto il corso della carriera.

Nel 2014 il legislatore aveva deciso nella direzione della riconduzione alla Scuola nazionale di amministrazione di tutte le scuole di formazione fiorite a livello settoriale. Questo per semplificare, fare economie, rafforzare

il ruolo dell'istituzione nata all'ombra della Presidenza del Consiglio dei ministri. La scuola pubblica italiana, tuttavia, non fosse altro che per i suoi numeri, non è un comparto ministeriale, ma rappresenta una sfera con peculiarità tali da giustificare la presenza di un proprio organo *ad hoc* incaricato di indirizzare, coordinare, guidare la formazione continua.

Non si tratta di costituire una struttura pesante e capace di erogare direttamente formazione, come in definitiva è la Sna. L'idea è, viceversa, di creare un *board* di altissimo livello professionale e scientifico che sappia "pensare" gli indirizzi cui piegare le risorse già previste a legislazione vigente per la formazione. Altrettanto rilevante è la individuazione di rigorosi standard per i soggetti che per conto del Ministero dell'istruzione intendono impartire formazione ad insegnanti, dirigenti scolastici, direttori dei servizi generali amministrativi e al personale ausiliario, tecnico e amministrativo. Si tratta di far uscire dal sistema della formazione una congerie di soggetti dal profilo inadeguato che hanno saputo infilarsi in una falla del sistema.

Ancora più determinante è creare le condizioni perché l'accesso alla formazione continua sia incentivato. Per comprenderne i contorni, occorre ricordare che quella di docente è una professione senza progressione di carriera, non diversamente da quanto avviene per i magistrati. La conseguenza è che l'incremento dello stipendio avviene solo per scatti di anzianità di servizio. Un modo per incentivare la formazione potrebbe essere un canale di avanzamento stipendiale scollegato all'anzianità e, viceversa, in funzione della quantità e qualità della formazione che il docente è riuscito a conseguire durante il proprio servizio. Sarebbe una significativa innovazione rispetto ad un modello particolarmente legato all'uniformità e all'idea che tutti i docenti siano egualmente bravi e dediti all'insegnamento (S. Cassese, *Il merito ritorni a scuola*, in *Corsera* del 25 maggio 2021).

#### **4. Classi troppo numerose**

L'azione di contenimento della spesa pubblica resasi necessaria per il contenimento del disavanzo eccessivo ha toccato anche la scuola. In corrispondenza col taglio del contingente di insegnanti, il d.P.R. n. 81/2009 ha alzato la soglia massima del numero degli studenti per classe. Nella scuola secondaria di secondo grado tale numero arriva a 27 e può in certe condizioni toccare le 30 unità. Peraltro, in alcune aree metropolitane, specialmente in istituti tecnici e professionali, vi è un considerevole numero di classi con un numero di studenti addirittura superiore a quello indicato dal regolamento. Si tratta di quel fenomeno che nel gergo politico e giornalistico è indicato

con l'infelice espressione "classi pollaio" dove la similitudine vuole stigmatizzare l'affollamento.

Ridurre il numero degli studenti per classe ha un riflesso sulla spesa. Serve formare più classi e per farlo occorre aumentare la consistenza numerica degli insegnanti. Ogni politica pubblica che comporti un'allocazione di risorse va misurata in termini di rendimento atteso. Ebbene, le evidenze della letteratura scientifica non pongono una correlazione tra successo scolastico, scarsa dispersione e numerosità delle classi. Anzi, vi sono realtà nazionali nelle quali le classi sono particolarmente numerose e la performance del sistema scolastico è comunque considerevolmente significativa. Questo elemento porta a ritenere che destinare ingenti risorse per una riduzione generalizzata del rapporto studenti-insegnanti ha poco senso.

Nondimeno, l'Invalsi, nella propria attività di rilevamento dei dati sulla scuola e di rielaborazione degli stessi alla luce dei criteri di valutazione affermati su scala internazionale, indica come la numerosità delle classi incida negativamente su successo e dispersione in specifiche realtà del paese dove si registra un indicatore socioeconomico-culturale (ESCS) particolarmente basso. In questi contesti la riduzione del numero delle classi rappresenta una misura volta all'innalzamento della performance del sistema.

Nella legge di bilancio per il 2022, quale obiettivo di riforma agganciato al PNRR, il Governo ha previsto una disposizione in forza della quale è possibile derogare ai valori di cui al d.P.R. n. 81/2009 proprio in corrispondenza del rilevamento di indicatori ESCS bassi. La componente per certi versi più innovativa della misura è il sistema con cui si alimenta finanziariamente. Infatti, non vengono mobilitate risorse aggiuntive, ma si sfrutta l'andamento demografico. Poiché l'Istat stima che nel prossimo decennio vi sarà una flessione demografica significativa – nel 2036 si avrà una contrazione del numero degli studenti superiore al milione di unità – il contingente rappresentato dall'organico di diritto degli insegnanti dovrebbe corrispondentemente ridursi. Da tale riduzione discendono cospicui risparmi per le finanze pubbliche. La scelta di *policy* contenuta in questa misura è proprio quella di rinunciare ad una parte dei risparmi per avere un numero di insegnanti adeguato a ridurre il numero degli studenti nelle classi dove l'Invalsi ha capillarmente rilevato indici ESCS bassi. Si tratta di un salto, almeno all'interno dell'amministrazione finanziaria, di notevole entità.

Ad inizio anno con decreto adottato di concerto tra il Ministero dell'istruzione e quello dell'economia e delle finanze si individuano le due grandezze da commisurare, vale a dire quanti insegnanti in meno servono per via del minor numero complessivo di studenti equante sono le classi particolarmente numerose situate nelle realtà depresse sotto l'aspetto sociale, econo-

mico e culturale. In questo provvedimento, conseguentemente, si indicano le classi da sdoppiare e il personale docente necessario per farlo. L'ipotesi di lavoro alla base di questa riforma è che dalla sua applicazione scaturisca un miglioramento del successo scolastico e un contrasto alla dispersione. Inoltre, come effetto indiretto dovrebbe comportare anche il miglioramento del livello culturale di quel contesto e, quindi, maggiori chance per quella realtà di migliorare anche le condizioni socioeconomiche.

Naturalmente, l'intervento sull'istruzione, se non affiancato ad altri, non potrà che avere un impatto relativo. Nondimeno, l'idea alla base della misura introdotta dalla legge di bilancio e occasionata dal PNRR è virtuosa: destinare risorse su obiettivi specifici senza dispersioni a pioggia; verificare al termine di un periodo congruo se la misura – il miglioramento del rapporto docente-studenti – abbia effettivamente condotto ad una elevazione della performance del sistema educativo e di istruzione; trarre da questi elementi altri spunti per estendere o, se del caso, sospendere la misura per destinare le risorse, inevitabilmente scarse, ad altre differenti iniziative per tentare la promozione dello sviluppo delle realtà più arretrate del Paese.

## **5. La dimensione delle scuole dotate di autonomia**

In virtù della giurisprudenza costituzionale, che meglio precisa il riparto tra lo Stato e le regioni in materia di organizzazione scolastica, la definizione della rete delle scuole dotate di autonomia è rimessa alle regioni. Questa competenza crea una discrasia nella misura in cui il personale scolastico è invece statale. I dirigenti scolastici (DS) e i direttori dei servizi generali amministrativi (DSGA), infatti, non sono nella disponibilità diretta delle regioni. Ne discende che vi può essere un'istituzione scolastica qualificata come autonoma dalla regione per la quale, tuttavia, non vi sia la disponibilità di un DS e un DSGA. Quella istituzione, pertanto, non può che essere affidata in reggenza dall'ufficio scolastico regionale (che, com'è noto, rappresenta l'articolazione periferica dell'amministrazione centrale).

La problematica discende dalla mancata attuazione della disciplina di settore che tiene conto della disciplina costituzionale. Un decreto del Presidente della Repubblica avente natura non regolamentare, da adottare d'intesa con la Conferenza unificata tra lo Stato e le regioni, avrebbe dovuto stabilire un coefficiente in base al quale, sulla scorta del numero degli studenti per regione e di altri elementi come le aree a scarsa densità di popolazione, si dovrebbe ripartire il contingente di DS e DSGA in servizio. Nelle more dell'adozione di questo atto, la norma in vigore stabilisce un rigido dato

numerico. L'autonomia si ottiene con non meno di 600 studenti, che diventano 400 per i comuni montani e le isole minori. Il problema è che negli ultimi dieci anni la previsione principale non ha trovato attuazione, mentre si è applicato il rigido parametro numerico che avrebbe dovuto funzionare da regime transitorio. Nella legge di bilancio per il 2021 è stata approvata una misura che per un solo anno riduce il parametro numerico a 500 e a 300. Si tratta di una norma importante più per il segnale politico che per gli effetti concreti. La politica, in maniera molto trasversale, mira all'obiettivo di ampliare la rete delle scuole autonome. Vi sono naturalmente forti resistenze da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, per gli effetti sui conti pubblici di un contingente maggiorato di DS e DSGA a fronte di un andamento demografico che segna una contrazione tendenziale del numero degli studenti.

È questo il contesto nel quale il Governo ha preso l'impegno di riformare il "dimensionamento scolastico" nell'ambito dell'attuazione del PNRR. La riforma, per essere considerata tale, non può che funzionare a regime. Una soluzione consolidata del problema enunciato in premessa potrebbe passare attraverso la ripresa dell'idea del riparto di un budget tra le regioni. A tal fine, va individuato il coefficiente. Questo può essere "fotografico", cioè desumere dall'attuale numero di scuole autonome un valore che non ne incrementa o decrementa la consistenza. Viceversa, assecondando i *desiderata* della politica, ed anche delle regioni, questo valore potrebbe essere tale da ampliare la rete delle scuole autonome. Questa soluzione è quella razionalmente più adeguata perché parte funzionalmente dalla esigenza della migliore erogazione del servizio pubblico. Ciononostante, bisogna, come sempre nel settore in questione, considerare altri fattori geografici e di inefficienze del mercato del lavoro. Il modello a budget non esclude che nel corso del tempo si possano avere sperequazioni tra regioni proprio perché il fattore dominante è la consistenza della popolazione studentesca. Qui viene in rilievo una difficoltà concreta. Le stime dell'Istat ci dicono che la contrazione demografica sarà maggiore al meridione rispetto alle regioni del centro nord. Conseguentemente, nel Sud del Paese la riduzione del numero degli studenti sarà la più marcata. Ne discende che il fabbisogno di DS e DSGA si andrebbe riducendo in termini relativi e assoluti rispetto alle regioni centrali e settentrionali. Questo andamento si pone in conflitto con l'ordinario flusso di mobilità territoriale del personale scolastico che tendenzialmente vince il posto al nord, dove vi sono maggiori scoperture, per poi intraprendere una mobilità volta al riavvicinamento alla regione, provincia, città, quartiere di origine. L'entità del fenomeno è ben comprensibile se si ha a mente che a intraprendere la carriera nella scuola pubblica

italiana sono prevalentemente i laureati del meridione, dove maggiore è la fame di posti, a dispetto di quelli del centro-nord che invece possono fruire di migliori opportunità del mercato del lavoro.

In conclusione, il modello imperniato sulla distribuzione di un budget sulla base delle esigenze regionali è il migliore sotto il profilo razionale e funzionale, ma incontra forti resistenze di duplice provenienza. La prima è di quelli che vorrebbero un coefficiente basso per avere un maggiore numero di scuole autonome. La seconda è delle regioni che nel medio periodo rischiano di avere una inferiore esigenza di DS e DSGA così frustrando l'aspettativa di molte persone di tornare a vivere nella terra natale. La domanda che ci si deve porre a conclusione di questa breve esposizione è se la cogenza delle scadenze del PNRR avrà la forza di sciogliere l'intricato problema. I primi approcci non sono incoraggianti. Nella legge di bilancio per il 2022 le forze politiche lavorano per una proroga biennale della norma che riduce a 500 e 300 la soglia per avere scuole autonome. La misura diventa applicabile atteso che la durata triennale dà almeno modo di stipulare contratti, ma è ben lungi dall'essere la riforma a regime oggetto dell'impegno assunto col PNRR.

## **6. La riforma degli Istituti tecnici superiori e degli istituti tecnici e professionali**

Gli Istituti tecnici superiori (ITS) in Italia sono una eccellenza se si tiene conto del tasso di successo nell'accedere nel mondo del lavoro per coloro che ottengono il diploma presso tali istituti. Qual è allora la ragione per desiderarne una riforma? Gli ITS rappresentano ancora una realtà di nicchia se si considera il numero degli iscritti e dei diplomati. Inoltre, la loro localizzazione territoriale è asimmetrica, essendo collocati dove le realtà della produzione sono più sviluppate. Si deve, altresì, considerare che la loro stessa identità è lasciata in una sorta di limbo, essendo inseriti nell'ambito degli IFTS, ma diversificandosene. La loro stessa disciplina giuridica risente dell'ambiguità del rapporto tra gli ITS e la Istruzione e formazione professionale (IeFP) la cui competenza legislativa e amministrativa è regionale. Questa vicinanza, ma non completa assimilazione, ha implicato l'assenza di una legislazione statale primaria che funga da cornice per gli ITS. Uno degli obiettivi del PNRR è più che raddoppiare il numero dei diplomati tecnici superiori. Per conseguire tale obiettivo, è necessaria anche una "ristrutturazione" della normativa degli ITS. Questa normativa, esplicitazione della potestà statale sulle norme generali sull'istruzione e della fissazione di livelli essenziali delle prestazioni, dovrebbe dire poche cose, ma chiaramente.

Gli ITS sono parte di una formazione terziaria non universitaria dedicata principalmente a individui con una professione tecnica superiore. In questa guisa gli ITS si emancipano dalla mera Istruzione e formazione professionale. A conferma di ciò, a tali istituti si accede dopo avere concluso il secondo ciclo di istruzione (tanto da licei, quanto da istituti tecnici e professionali, quanto da IeFP più un anno di IFTS). I percorsi formativi possono essere biennali o triennali. In questo secondo caso, il titolo è equivalente ad un VI livello EQF corrispondente in Italia alle lauree triennali. La disciplina nazionale deve definire standard minimi per gli ITS tanto nella loro struttura quanto nella loro offerta formativa. A ciò corrisponde un sistema di accreditamento che ha una duplice valenza: da una parte, autorizza al rilascio di diplomi dal valore legale riconosciuto e, dall'altra, permette di accedere alla quota statale del cofinanziamento.

Sotto il profilo della forma giuridica, è bene che gli ITS rimangano delle fondazioni di partecipazione a cui devono concorrere necessariamente una istituzione scolastica (un istituto tecnico o anche un liceo), una realtà del mondo della produzione (meglio se non una singola impresa), una istituzione operante nel campo della ricerca scientifica, una componente regionale o territoriale (meglio se a vocazione lavoristica). Agli statuti delle fondazioni vanno rimessi ampi margini di autorganizzazione. Le strutture e gli organi di governo imposte con legge nazionale dovrebbero essere ridotti al minimo per non appesantire e intralciare le attività degli ITS. Il disegno di legge approvato alla Camera dei deputati e adesso in discussione al Senato della Repubblica (AS 2333) presenta solo in parte queste caratteristiche. Sicché la lettura che è in corso di svolgimento a Palazzo Madama risulta cruciale per realizzare la riforma più congrua sotto il profilo giuridico degli ITS.

Del resto, dalle caratteristiche che alla fine saranno proprie di tale intervento riformatore discenderanno spunti per l'adeguamento dell'assetto degli istituti tecnici e professionali. A tale fine, non è affatto indifferente l'aver nel panorama dell'offerta formativa una solida e ampia formazione terziaria non universitaria nel campo tecnico e scientifico. Perché questa affermazione si possa realizzare è, tuttavia, necessaria un'opera di chiarezza. L'offerta degli ITS non deve essere vista o costruita come in concorrenza con quella universitaria. Se così fosse il mondo universitario ostacolerebbe l'ascesa dell'offerta triennale degli ITS. Lo scopo da raggiungere non è sottrarre teste all'università, ma portare un numero maggiore di persone ad accedere ad una formazione terziaria, persone che altrimenti non avrebbero l'intenzione di concludere un percorso universitario. Qui si innesta un ulteriore punto di attenzione. Gli ITS vanno rivolti prevalentemente ai giovani che escono dai licei o dagli istituti tecnici oppure possono essere luoghi dove anche gli

adulti, espulsi dal mercato del lavoro, possono adeguare le loro competenze al mutarsi delle esigenze presenti nei settori produttivi?

## 7. Conclusioni (di metodo di lavoro)

La maggiore difficoltà dei riformatori è che le riforme hanno bisogno di cure da prestare nel corso di un tempo che non può essere interrotto. Le cesure nella continuità dell'azione di governo, tratto endemico della democrazia italiana (ad es. tre differenti governi nella XVII legislatura, nella XVIII a circa un anno dalla sua conclusione i governi che si sono susseguiti sono già tre), indeboliscono o frenano i processi di riforma. Evenienza questa sempre deprecabile e ancor di più se la realizzazione di alcune riforme rappresentano condizioni in assenza delle quali si possa continuare ad accedere al finanziamento del PNRR.

Una strategia operativa per fronteggiare l'avvicendamento di ministri e staff potrebbe essere quella sperimentata dall'Ufficio legislativo del Ministero dell'istruzione. Questa struttura, ricompresa nel gabinetto del Ministro, sta predisponendo un "Libro bianco sulle riforme del PNRR" al fine di lasciare una traccia, sperabilmente solida, delle elaborazioni svolte e degli approfondimenti, anche di natura comparativa, realizzati. L'intento è che questa Traccia possa essere utilizzata dal prossimo Ministro dell'istruzione e dai suoi stretti collaboratori per non disperdere il lavoro svolto, avere una mappa dei problemi che hanno finora impedito il varo delle riforme, così da non perdere quei pochi giorni, mesi che le draconiane tempistiche del PNRR mettono a disposizione dei riformatori.

L'ideale sarebbe una continuità dell'azione di governo, sempre, e tanto più nella complessa attuazione del PNRR. Se questa auspicata continuità per molte ragioni non fosse possibile (la legislatura è in ogni caso nella sua fase marginale e il grosso del PNRR si svolgerà nella XIX legislatura), occorre creare delle passerelle di collaborazione tra chi sarà chiamato ad alternarsi nell'attuazione del Piano.

### *Abstract*

*The essay aims to analyse the Italian school, through the reforms of the education system provided by the Recovery and Resilience Plan. In particular, the contribution takes in account training and recruitment of teachers, school sizing, the School of Higher Education, the Higher Technical Institutes.*

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARCO BEVILACQUA è Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università di Pisa

ANNALISA GIUSTI è Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Perugia

KLAUDIA KURCANI è Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche europee ed internazionali presso l'Università degli studi di Verona

LIVIA LORENZONI è Ricercatrice di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma Tre

GIULIA MATTIOLI è Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Ferrara

ALFREDO MOLITERNI è Ricercatore di Diritto amministrativo (RTD-B) presso l'Università Sapienza di Roma

LORENZO SALTARI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche e delle Relazioni internazionali dell'Università di Palermo. È Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero dell'istruzione

ALDO SANDULLI è Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

GABRIELE TORELLI è Dottore di ricerca in Diritto amministrativo e Professore a contratto presso l'Università IUAV di Venezia

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021  
dalla *Grafica elettronica* - Napoli